



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**TRATADOS INTERNACIONALES AMBIENTALES: UN ANALISIS DE EFICACIA EN
EL DERECHO INTERNO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Integrantes:

Diego Alonso Lillo Goffreri

Nelson Rodrigo Pérez Aravena

Profesor guía: Mario Arnello Romo

Santiago, Chile

2012

A todos quienes participaron de esta etapa que se cierra, vaya el agradecimiento por permitirme llegar a vivir el hoy sin arrepentimientos.

Mi familia y amigos, profesores y mentores, a la música y al amor.

*Al profesor Polanco, por haber despertado en mi la inquietud que el profesor
Rossa me originó cuando niño.*

A FIMA, al RegCom y a la gloriosa Universidad de Chile Gracias.

Diego Lillo Goffreri

*A mi familia y amigos, cuyo comprensión encendió la motivación para realizar
este trabajo.*

A Lechonchic, Suki y Juanito; por su amor, consejos y zarpazos de apoyo.

*Al Tío Akeem, cuya determinación y valentía inspiraron mi deseo de luchar por
un mejor ecosistema.*

Rodrigo Pérez Aravena

ÍNDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	9
ASPECTOS TEORICOS DE LOS TRATADOS AMBIENTALES. CONCEPTOS E INCORPORACION AL SISTEMA JURIDICO INTERNO	9
A. Consideraciones Previas.	9
B. Delimitación Conceptual de los Tratados Ambientales.	9
B.1.) Concepto de Tratado Internacional, a la luz de la Convención de Viena de 1969.	11
B.2.) El objeto del Acuerdo entre Estados: Concepto de Medio Ambiente	15
B.2.1.) Concepto de Medio Ambiente para el Derecho Internacional.	15
B.2.2.) Concepto de Medio Ambiente en la legislación chilena.	18
B.3.) Concepto de Tratado Ambiental.	20
C. Clasificación de los Tratados Ambientales	20
D. Recepción de los Tratados Ambientales en el ordenamiento interno	22
D.1.) Consideraciones Previas	22
D.2.) La “Doble Vía” en la recepción de la norma ambiental internacional.	23
E. Posición de la norma ambiental internacional en el ordenamiento jurídico	26
E.1.) Jerarquía legal de los tratados ambientales.	26
E.2.) Reconocimiento Constitucional a los Tratados Ambientales.	27
F. Rol de la Jurisprudencia; análisis en sede judicial y administrativa.	30
F.1.) Aplicación de la norma internacional en sede jurisdiccional.	30
F.2.) La autoridad ambiental administrativa.	33
CAPITULO SEGUNDO	36
INEFICACIA EN LOS TRATADOS AMBIENTALES: CAUSAS E INTEGRACION POR MEDIO DE PRINCIPIOS.	36
A. Consideraciones Previas.	36
B. SECCION I: LA PROBLEMÁTICA DE INEFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES AMBIENTALES	37
B.1.) Ineficacia Jurisdiccional y Administrativa.	37
B.2.) Asistematicidad: Causas en el ordenamiento interno y transfronterizo.	41

C. SECCIÓN II: PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE Y SU UTILIDAD EN LA EFICACIA DE LOS TRATADOS AMBIENTALES.	47
C.1. Fundamentos: ¿Por qué principios?	47
C.2. Análisis particular de los principios del Derecho Internacional del Medio Ambiente.	49
CAPÍTULO TERCERO	63
ANÁLISIS DE CASOS	63
A. Consideraciones previas.	63
B. El caso de más recurrente aplicación: La Convención de Washington	65
B.1.) Jurisprudencia Judicial.	66
B.2.) Jurisprudencia Administrativa.	70
C. Otros instrumentos utilizados y omitidos en la Jurisprudencia Judicial y Administrativa	77
C.1.) Jurisprudencia Judicial.	77
C.2.) Jurisprudencia Administrativa	85
D. Un conflicto evidente: Falta de equilibrio en la utilización de normas de Derecho Internacional en sede administrativa y judicial.	93
CAPÍTULO CUARTO	94
APORTES INTERPRETATIVOS PARA UNA APLICACIÓN SISTEMÁTICA DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHO AMBIENTAL.	94
A. Consideraciones Previas	94
B. Autoejecutabilidad y Tratados Internacionales en materia de Derecho de Medio Ambiente.	96
B.1.) Posiciones a propósito de la Autoejecutabilidad.	98
B.2.) Autoejecutabilidad de Tratados Internacionales de Derecho Ambiental	102
C. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho humano.	105
C.1.) Lugar del derecho al medio ambiente en los Derechos Humanos	106
C.2.) Rango legal de un tratado internacional de Medio Ambiente.	109
C.3.) Rol en la interpretación de autoridad.	112
D. Papel de los Principios Generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente.	112
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	124

A) LIBROS	124
B) INFORMES	125
C) REVISTAS Y ARTICULOS ELECTRONICOS	126
D) NORMATIVAS	127
ANEXO A	129
JURISPRUDENCIA AMBIENTAL UTILIZADA EN CAPITULO II	129
“GONZALO DOMÍNGUEZ VIEYTES CON SEREMI SALUD”	130
ANEXO B	173
JURISPRUDENCIA AMBIENTAL UTILIZADA EN CAPITULO III	173
“HUMBERTO PALZA CON DIRECTOR DE RIEGO”	174
“GALLETUÉ CON FISCO”	194
“MOLINA CON PROMEL”	206
“AGRÍCOLA LAS CAÑAS CON SEREMI SALUD”	232
“MARIANO PUELMAN ÑANCO CON COREMA IX”	239
“FRANCISCA LINCONAO HUIRCAPAN CON SOCIEDAD PALERMO”	253
“JORGE LEÓN ARESTI CON CONTRA ENTEL PCS Y OTROS”	274

RESUMEN

La presente investigación, tiene por objetivo entregar una visión del real valor que los instrumentos internacionales que regulan el Derecho internacional del Medio Ambiente, tienen en nuestro sistema jurídico. El examen parte por situar los distintos acuerdos celebrados por Chile en materia ambiental dentro del contexto de nuestra legislación interna, para luego comprobar su aplicabilidad por parte de los tribunales de justicia, y los órganos encargados de evaluar los proyectos ambientales sometidos a la normativa SEIA contemplada en la Ley N° 19.300.

Nuestra presentación argumenta la ineficacia de los tratados ambientales, a partir del análisis de múltiples causas cuyo influjo se va verificando en el razonamiento de los órganos decidores, y por último propone al lector la integración del contenido y sentido de estas normas, a través de la interpretación y la incorporación de principios básicos propios del Derecho internacional del Medio Ambiente.

INTRODUCCION

Es posible afirmar que dentro de los objetivos que plantea un sistema jurídico está el de obtener, a través de la creación de normas, una determinada conducta por parte de los individuos o grupos destinatarios. Podemos decir en ese sentido que un sistema jurídico que cumple cabalmente estos objetivos es un sistema jurídico eficaz¹.

En lo respectivo al derecho ambiental, la eficacia de las normas se determina en función de cómo estas son capaces de regular el comportamiento de los distintos agentes, cuya intervención en el ecosistema sea merecedora de tutela jurídica, resolviendo un determinado problema de carácter ambiental. ya sea eliminándolo o minorizando sus efectos negativos². Sin embargo, el que un sistema jurídico sea eficaz, es algo que depende también de la labor de aquellas autoridades, llamadas a participar de la vida de una norma jurídica, tanto en la labor creativa de normas como también en la de su aplicación.

Pues bien, una primera advertencia a realizar y que plantea ciertos cuestionamientos se basan en determinar, sobre quien recae la titularidad de este cuerpo normativo. Existe una protección directa del ordenamiento jurídico, en orden a consagrar derechos al medio ambiente. Si eso es así, ¿debemos conceptualizar el derecho ambiental como un conjunto de reglas cuyo principal titular es el ecosistema?, ¿las especies vegetales y animales que ocupan espacios de vida silvestre deben considerarse verdaderos sujetos de derecho ambiental?.

Sin duda que postular una titularidad distinta a la de las personas, atribuyendo a los elementos orgánicos e inorgánicos del planeta dicha facultad, plantea más dudas que certezas. El derecho como producto del orden social, no puede depositar la titularidad

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Banco de datos (CORDE) [en línea]. *Corpus diacrónico del español*. <<http://www.rae.es>> [5 de Octubre de 2011]. Según la RAE, se define **eficacia** como la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

² YOUNG, Oran R. y Levy, Marc A. *The Effectiveness of International Environmental Regimes*, 1º ed, The MIT Press, 1999, página 1

de los derechos en otro ente distinto al ser humano; el derecho es un producto del hombre en sociedad, y como tal, regula las relaciones que se generan entre estos. ¿Donde podría surgir una idea de titularidad de derechos fuera del contexto del hombre y la sociedad?, ¿afirmar que el ecosistema es merecedor de tutela jurídica, implica un equivalente a consagrar al planeta Tierra, los minerales, las especies vegetales y animales como entes con capacidad de contraer derechos y a su vez la facultad de ejercerlos?. En síntesis, ¿es el derecho ambiental, en estricto rigor, un derecho “del ambiente”?

Claramente y a pesar de nuestra preocupación por un mejor resguardo jurídico al espacio vital, no podemos adscribir a dicho postulado, pues aunque el derecho sea un ente generador de mecanismos legales o supraleales, para propender a la preservación de bosques naturales, el conjunto de especies que habitan no contraen dichas prerrogativas; afirmar lo contrario sería absurdo. La solución es categórica y no requiere mayor análisis: debemos concebir el derecho ambiental como una serie de mecanismos jurídicos, que buscan regular la actividad del hombre en el medio ambiente, limitando su propio actuar como ente individual y asociado que pueda generar un riesgo en el medio ambiente, cuya significación o magnitud sea lo suficientemente grave como para afectar al ser humano y a la colectividad de individuos, entendiendo que el ser humano es parte del medio ambiente, y como tal, cualquier daño provocado en el ecosistema es un daño que también afecta al hombre. El derecho ambiental, además, concede mecanismos y prerrogativas a la colectividad para frenar la explotación indiscriminada del ambiente. Por tanto debemos entender que el derecho ambiental es un sistema triangular, encontrándose en un vértice el objeto de regulación (medio ambiente) y en los otros dos vértices los sujetos de derecho; el individuo o colectividad que realiza una actividad riesgosa para el medio ambiente y la colectividad de personas que se ven afectadas. Por tanto esta relación triangular viene a determinarse, por una colisión de derechos e intereses de colectividades eminentemente humanas³ y en esa dinámica podemos corregir y decir

³ GUTIERREZ BEDOYA, Claudia Irene, “Derecho Al Medio Ambiente Adecuado como Derecho Humano”[En línea] , Argentina, 1º, Ed, Universidad del Rosario, 2006, Pp 49-50, disponible en

que más que un derecho “del” medio ambiente, es un derecho “al” medio ambiente. Nuestra legislación configura esa relación jurídica prácticamente a través de normas de carácter prohibitivas y por tanto lo entendemos como un ordenamiento eminentemente limitante.

En el ámbito internacional existe también ese carácter limitante. Convengamos en primer lugar, que el sujeto de derecho sigue actuando en la órbita del ser humano, pero esta vez a través de una creación humana destinada a manifestar la voluntad de un grupo social: el Estado.

Efectivamente, los Estados como sujetos de derecho internacional son los respectivos titulares de estos derechos ambientales; son ellos los que contraen derechos y obligaciones tendientes a regular y limitar la actividad de los habitantes de sus respectivos territorios, cuyo objetivo primordial no es otro que crear sistemas de cooperación internacional para la preservación del ecosistema. Es este punto donde podemos adentrarnos en el tema que convoca nuestro trabajo.

A grandes rasgos, nuestro ordenamiento jurídico ambiental está compuesto por leyes generales y especiales que regulan diversas materias relacionadas con la rama, así como de reglamentos que buscan la ejecución efectiva de las normas anteriormente mencionadas. A este grupo de disposiciones se les suma una serie de acuerdos y tratados internacionales, los cuales una vez ratificados por el órgano respectivo constituyen ley de la república, sin perjuicio de que en caso que estos tratados versen sobre derechos humanos, adquieran un eventual pero discutible reconocimiento constitucional. Actualmente los acuerdos y tratados internacionales incorporan a nuestro ordenamiento dentro de un sistema de reglas basado en la idea de que es necesario conciliar la soberanía e independencia de los Estados junto con la interdependencia de estos dentro del ecosistema⁴. Es así como estos instrumentos establecen una serie de mandatos, obligaciones, restricciones y derechos al Estado

http://books.google.cl/books/about/El_Derecho_Al_Medio_Ambiente_Adecuado_Co.html?hl=es&id=t-G47tP-5aQC (citado 23 de Mayo de 2012).

⁴ SANDS, Philippe, Principles of International Environmental Law, 2º ed, Cambridge University Press, 2003, página 14

destinados a incorporar a Chile dentro de un ordenamiento jurídico ambiental internacional.

Sin perjuicio de los objetivos que plantean las normas internacionales, la eficacia de estas debe medirse en atención a una diversidad de criterios⁵. Al respecto el informe de evaluación de desempeño ambiental publicado en el año 2005 por la OCDE, concluye que en Chile no se ha dado suficiente aplicación a algunos tratados multilaterales en materia medioambiental, lo que ha trascendido en la ausencia de legislación en varias materias, falta de ejecución en algunos planes de acción y de fiscalización en orden a dar cumplimiento a las normas contenidas en estos instrumentos y que constituyen ley de la República⁶.

Creemos que la persistencia en el tiempo de esta falta de aplicación, es lo que desencadena en definitiva la ineficacia de la normativa internacional.

Resultados de investigaciones como las ya señaladas, nos sirven de fundamento para esta investigación: indagar las causas de la falta de cumplimiento. Pero creemos pertinente llevar esta inquietud al ámbito donde operan aquellos actores, a los cuales les corresponde la labor de aplicación del derecho.

Concentraremos los esfuerzos en el análisis de la actividad jurisprudencial; identificando los razonamientos y argumentos esgrimidos, al momento de encontrarse el ente decidor, en la situación de tener que aplicar normas emanadas de un instrumento internacional.

El objetivo de esta investigación no es otro que obtener un panorama general, sobre como falla la jurisprudencia en diversas sentencias, y como emiten sus dictámenes la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMA), organismos que actualmente han sido

⁵ YOUNG, Oran R. y Levy, Marc A. Op Cit. Pág. 2.

⁶ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos Comisión Económica para América Latina y el Caribe y CEPAL, Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile, OCDE, año 2005. página 209

reemplazados en su función evaluadora por el Servicio de Evaluación Ambiental, (haciendo hincapié en que ninguna de las resoluciones utilizadas en esta investigación fueron dictadas en vigencia de la nueva institucionalidad administrativa). El examen de estos dictámenes se enmarcan dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); instancia en la cual verificaremos la pertinencia en complementar el razonamientos de la autoridad, de manera tal que se dé la debida aplicación a la normativa internacional, o bien analizar derechamente como las partes interesadas en dichos procedimientos han utilizado e invocado preceptos internacionales para fundar sus pretensiones.

Corresponde entonces, analizar el razonamiento y fundamentos que lleva a la autoridad judicial y administrativa a desestimar o no aplicar un tratado; y por último proponer un razonamiento alternativo que tenga por finalidad realizar un aporte interpretativo, que integre estas normas dentro la decisión judicial, en la medida y lugar que efectivamente les corresponden. Reiteramos que nuestro objetivo se extiende a una serie de dictámenes emitidos por la autoridad administrativa dentro del ámbito del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que por interpretación de los artículos 13 y 53 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al igual que los órganos jurisdiccionales, deben fundar debidamente sus decisiones, función que, como veremos en el desarrollo contenido en estas páginas, no siempre se cumple de forma idónea.

En ese sentido, la hipótesis de esta investigación es evidente: en nuestro derecho interno no existe una aplicación, clara y sistemática, de los instrumentos internacionales ratificados por Chile en materia de Derecho del Medio Ambiente, problema que se puede observar en una amplitud que abarca, desde sede jurisdiccional, sede administrativa y hasta en materia de políticas dirigidas al cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos.

Aparentemente este problema parece ser de amplio conocimiento. En efecto, en las evaluaciones de desempeño ambiental de la OCDE sobre Chile, como la anteriormente

citada, se establecen además, una serie de recomendaciones para la mejor concreción de las mas importantes normas de derecho internacional medioambiental.

Nuestra hipótesis utiliza este problema, dirigiendo los esfuerzos investigativos a comprobar la ausencia de sistematicidad y homogeneidad, en la aplicación de los instrumentos señalados por la OCDE y otros también relevantes, tanto en sede jurisdiccional como en sede administrativa, más propiamente el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

La primera etapa de nuestra investigación se encarga de establecer un marco jurídico, que vincule las normas contenidas en instrumentos internacionales sobre medio ambiente dentro de la labor del juez y la autoridad administrativa. Para ello nos remitiremos a normas generales provenientes del derecho internacional público, con especial énfasis en mecanismos de incorporación de estos al ordenamiento jurídico chileno, propendiendo a distinguir a grandes rasgos, cuando un acuerdo internacional medioambiental adquiere un carácter vinculante para el juez y la autoridad administrativa. De igual modo haremos una breve mención los distintos mecanismos de ejecución.

El siguiente capítulo se divide en dos partes. En primer lugar analizaremos la vinculación entre las normas de derecho internacional, y la aplicación en el derecho interno determinando los conflictos, que pueden llevar a la no aplicación de una norma ambiental por parte de la autoridad jurisdiccional o administrativa según corresponda.

Posteriormente llevaremos nuestro análisis a un ámbito más concreto, tomando ciertos tratados internacionales de los cuales mencionaremos sus principales características, para luego analizar determinados fallos y dictámenes relacionados que hayan desestimado aplicar la norma contenidas en estos, identificando las razones y fundamentos que motivaron la decisión.

Finalmente propondremos una serie de pautas interpretativas que solucionen el conflicto, poniendo énfasis en la importancia del cumplimiento de la normativa

internacional. Para ello utilizaremos principios fundamentales, tanto del derecho internacional público y del derecho internacional del medioambiente.

Por ultimo nuestro análisis concluirá comprobando el análisis propuesto con nuestra hipótesis formulada, proponiendo, para el caso que esta sea cierta, soluciones alternativas fundadas en mecanismos y principios analizados en este mismo trabajo, como una forma de integrar todos los elementos de interpretación y así fortalecer el carácter obligatorio de los tratados.

Es una motivación para este trabajo, el creer que la función judicial y la jurisprudencia administrativa actúan dentro de instancias en las que el derecho se materializa en la realidad de nuestra sociedad. Esta debe servir como mecanismo para solucionar diferencias referidas al uso de recursos naturales, o regular conductas sobre ciertas actividades que provocan un impacto ambiental significativo en el ecosistema⁷, lo cual es una consecuencia lógica a nivel internacional, ya que los ecosistemas son interdependientes y hoy en día, en un mundo globalizado, cualquier tipo de actividad económica de explotación que se lleve a cabo en territorios de un Estado, puede generar efectos en otro Estado; de ahí la necesidad que exista un ordenamiento jurídico transfronterizo⁸.

Es por ello que el motor de esta investigación, es el poder integrar el derecho internacional como parte de nuestro sistema jurídico, otorgarle un vigor a sus normas más allá de la validez que adquieren por medio de los procedimientos correspondientes para incorporarlas al ordenamiento jurídico chileno. Se trata simplemente, de otorgarles el sentido ideal que tiene toda norma jurídica que nace a la vida del derecho: plasmarse en la realidad que vive la sociedad y en este caso en la actividad de los agentes (estados y particulares), que intervienen en el medio ambiente. Esto no solo constituiría una herramienta de gran utilidad para la mera concreción de lo preceptuado por el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República de Chile, sino que persigue fortalecer aún más esta garantía, en el sentido

⁷ SANDS, Phillipe. Op Cit. Pág. 13

⁸ SANDS, Phillipe. Op Cit. Pág. 14

de que dicha norma fundamental pone a la protección del Medio Ambiente en un plano de mayor interés por sobre otros derechos, esto, amparado en la visión de un mayor requerimiento en el futuro, a aplicar disposiciones que actualmente navegan en la ineficacia y que por ello provocan una sensación, de que no existe un ordenamiento que efectivamente acompañe la inquietud de la sociedad, por la protección jurídica del ecosistema. Por tanto creemos que si existe un ordenamiento de tales características,, compuesto en gran medida por los acuerdos internacionales que Chile a suscrito en la materia, que de ser debidamente ponderados y aplicados, harían de la tutela del medio ambiente una acción jurídica efectiva, mas allá de la simple buena intención. Propender a lo contrario es convertir el régimen internacional que Chile incorpora, en un irresoluto problema de ineficacia.

CAPITULO PRIMERO
ASPECTOS TEORICOS DE LOS TRATADOS AMBIENTALES. CONCEPTOS E
INCORPORACION AL SISTEMA JURIDICO INTERNO

A. Consideraciones Previas.

En este capítulo nos avocaremos a hacer un análisis de los tratados internacionales que regulan el medio ambiente, partiendo desde una perspectiva del Derecho Internacional Público, sin desconocer por ello la notoria independencia que el Derecho Internacional del Medio Ambiente ha logrado en relación su rama original. Para ello nos avocaremos en primer lugar a formular un concepto de tratado ambiental, analizando sus fases de constitución e incorporación al ordenamiento jurídico interno, determinando bajo que rango se incorporan dentro de la jerarquía normativa, y en que medida adquiere fuerza obligatoria, que vincule el razonamiento de los jueces y de la autoridad administrativa de turno dentro de sus decisiones. Sobre este mismo punto identificaremos los ámbitos, tanto en sede jurisdiccional como administrativa, en la que los órganos encargados de la aplicación del derecho, entran en contacto con las normas para su posterior valoración al momento de fallar o emitir un dictamen.

B. Delimitación Conceptual de los Tratados Ambientales.

El desarrollo que ha alcanzado la comunidad internacional y la ausencia de órganos legislativos supranacionales, han otorgado una importancia trascendental a los tratados internacionales, ya que introducen al mundo jurídico una forma de regular relaciones de distinta índole entre los ordenamientos jurídicos de cada estado parte, creando compromisos jurídicos que trascienden del mero orden de legislación interna.

Los tratados ambientales forman parte de una rama específica del derecho internacional, que progresivamente ha ido especializándose para así forjar su propia identidad. Se afirma por parte de un sector de la doctrina que la evolución del derecho internacional general y su técnica legislativa se debe a que, en cierta medida, los

elementos propios del derecho internacional del medio ambiente han ido retroalimentando al Derecho Internacional Público, contribuyendo a su modernización. Estos elementos emanan generalmente de los acuerdos entre Estados, Organizaciones y Cortes Internacionales¹⁶.

Las razones del como esta rama del derecho internacional y los instrumentos que la materializan, han ido adquiriendo esa identidad e independencia que les caracteriza, obedecen en parte a la creciente preocupación de la comunidad internacional por limitar el desarrollo económico, industrial y en especial a la explotación de los recursos naturales del mundo, en auxilio de la preservación del ecosistema y la protección de las especies. Todo esto ha promovido el surgimiento de principios y fundamentos propios, que lo distinguen del resto de las sub-ramas del derecho internacional y hacen del derecho internacional del medio ambiente, un complemento necesario a las materias reguladas en ramas como el Derecho Internacional Económico o los Derechos Humanos.

Hoy a nivel internacional, los tratados ambientales regulan una serie de materias, y crean a su vez complejas relaciones jurídicas con ramas del derecho como las ya mencionadas que de a poco van integrándose entre si. Esta integración pasa por considerar al medio ambiente, como un elemento primordial por el cual el ser humano puede desarrollar sus derechos más básico y fundamentales como individuo, y también, promover el desenvolvimiento del hombre en la colectividad¹⁷.

En base a estos alcances, creemos necesario concebir el tratado ambiental como un instrumento proveniente del Derecho Internacional Público, pero que progresivamente adquiere la identidad que el Derecho Internacional del Medio Ambiente le confiere. Previo a ello debemos partir de una base jurídica objetiva que nos la entrega el derecho internacional público.

¹⁶ BIRNIE, Patricia, Boyle, Alan y Redwell Catherine. *Internacional Law and The Environment*, 3° ed, Oxford University Press, New York, Año 2009, página 1.

¹⁷ Existe una amplia discusión por parte de la doctrina que califica el derecho ambiental como Derechos Humanos en cuanto la regulación y preservación del medio ambiente constituyen presupuestos fundamentales por los que las personas pueden desarrollar aquellos derechos que les permitan vivir en completa dignidad.

B.1) Concepto de Tratado Internacional, a la luz de la Convención de Viena de 1969.

Dicha base, o punto de partida en la búsqueda de nuestro concepto de tratado ambiental, es el derecho de los tratados consagrado en la Convención de Viena de 1969 y ratificada por Chile en 1981, por ser este un instrumento fundamental en la concepción teórica de lo que se entiende por tratado. Sin perjuicio de ello, creemos pertinente advertir que el propósito de establecer este instrumento como punto de origen, es la intención de alcanzar una noción de tratado ambiental basado en criterios netamente jurídicos de derecho internacional, mas allá de un concepto basado en antecedentes históricos, pues mucho antes de la suscripción de esta convención, entre algunos países ya se celebraban tratados internacionales en materia de medio ambiente¹⁸. Sin perjuicio de ello, creemos que analizando a partir de este punto, queda establecido un marco teórico objetivo, y una sistematización que hoy en día constituyen la base para la celebración de acuerdos internacionales, que miren la protección de nuestro ambiente.

La Convención de Viena de 1969, vino a regular y sistematizar la forma y el procedimiento por el cual los Estados partes, en el uso de sus potestades soberanas, suscriben un tratado internacional; adoptando disposiciones que consagran los diversos principios de carácter internacional por los cuales estos instrumentos deben guiarse. En cuanto su forma la Convención viene a establecer un criterio exclusivo para determinar lo que es un tratado, lo cual se desprende de la definición que el Artículo 2° nos entrega:

¹⁸ MARIÑO Menéndez, Fernando; en DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público, 17° Ed, Editorial Tecnos, Madrid, Año 2009, Pag. 763. El autor señala que a finales del siglo XIX comenzaron a adoptarse los primeros tratados internacionales destinados sobre todo a la protección de formas de vida salvaje y a la protección de ríos y ámbitos marinos. Posteriormente en 1949, la ECOSOC convocó a de las Naciones Unidas sobre la conservación y utilización de recursos que dio un primer e importante impulso para la acción internacional a favor del medio ambiente, momento a partir del cual una diversidad de tratados ambientales fueron concluyéndose hasta la Conferencia sobre la Biosfera celebrada en París en 1968 convocada por la UNESCO que abrió camino a la protección del medio ambiente en una escala global.

“Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”

La definición circunscribe cierto tipo de acuerdos internacionales a una forma específicamente regulada por la Convención, otorgando a dicha forma de creación, el carácter de tratado internacional. Es posible, entonces, afirmar que los acuerdos internacionales de diversa índole, serán tratados internacionales cuando sean concertados¹⁹:

a) En forma **escrita**; ya sea en un único instrumento o en varios conexos; se entienden excluidos de esta Convención los concertados de forma verbal u otra distinta de la escrita.

b) Por aquellos sujetos de Derecho Internacional que tengan la calidad de **Estados**; por tanto no tendrán la calidad de tratados los acuerdos internacionales celebrados por uno o más Estados y otros sujetos de Derecho Internacional o entre estos últimos, como es el caso de algunas organizaciones internacionales.

c) Regidos por el **Derecho Internacional**, independiente de la denominación que las partes le hayan conferido las partes (Acuerdo, Convención, Carta, etc.).

Conceptualmente, el tratado internacional viene a ser una manifestación de la soberanía de un Estado mediante el cual éste viene en cumplir una serie de prestaciones objeto del tratado suscrito. El tratado viene a ser por ende, una fuente de obligaciones entre los Estados y por ello someten el ejercicio de ésta soberanía al cumplimiento de dichas obligaciones. Más que una afectación a la soberanía, el tratado internacional es visto más bien como una manifestación del ejercicio de ésta en cuanto un Estado tiene la absoluta potestad para obligarse con otro por medio de este instrumento.

¹⁹ DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público, 17º Ed, Editorial Tecnos, Madrid, Año 2009, Pág. 160.

Sin embargo esta libertad de los Estados para obligarse no es absoluta. Existen límites a las obligaciones establecidas en un acuerdo internacional, las cuales vienen impuestas por el respeto a los Derechos Fundamentales, la persistencia de los poderes orgánicos como al resguardo a la independencia jurídica frente a otro Estado²⁰.

Uno de los aspectos mas peculiares de esta definición, es el hecho de excluir aquellos acuerdos celebrados entre sujetos de Derecho Internacional distintos de los Estados y en una forma distinta a la escrita. Sin perjuicio de la exigencia contenida en su definición, la Convención reconoce validez a aquellos acuerdos constituidos por medio de mecanismos formales diversos a los contemplados en el Artículo 2° de la Convención, no obstante que no se les reconozca la calidad de tratado internacional. Esto se desprende del texto del Artículo 3° de la Convención:

“El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectara

:

a) al valor jurídico de tales acuerdos;

b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;

c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre si en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

La importancia que alcanzó la Convención de Viena, al regular el derecho de los tratados y sus principios, reforzando la sujeción de los Estados a las normas contenidas en ellos, trascendió inevitablemente en la discusión respecto del valor de aquellos acuerdos internacionales cuya forma no obedecían a los requerimientos exigidos por la convención. Al no ser tratados internacionales, no lograban la suficiente

²⁰ REYES Sánchez, Miguel. Los Tratados Internacionales, 2ª Ed. Editorial Cumbre, Santo Domingo, Año 2002, Pág. 15

vinculación de las partes a sus normas, corriendo el riesgo de transformarse en disposiciones de “soft law”, carentes de mecanismos de cumplimiento, cayendo finalmente en los términos de la letra muerta. Al respecto, hubo un esfuerzo de los Estados por llenar dicho vacío, con la suscripción de la Convención de Viena de 1986 sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones internacionales, obteniendo este tipo de acuerdos, una fuerza vinculante equivalente al de aquellos celebrados conforme las exigencias del instrumento de 1969. Sin embargo este acuerdo aún no entra en vigencia debido a que aún no ha sido ratificado por el número de estados requeridos para su entrada en vigor²¹.

En materia ambiental, no podemos afirmar que exista una voluntad mayoritaria, en cuanto a otorgar el carácter de tratado a cualquier tipo de acuerdo celebrado entre diversos sujetos de Derecho Internacional, al no existir un concepto más amplio que logre abarcar a más sujetos de derecho internacional en la celebración de tratados, en tanto no entre en vigor la Convención de Viena de 1986.

Por su parte, el Estado de Chile suscribió la convención de Viena el 23 de Mayo de 1969, ratificándola en 1981, momento a partir del cual los sucesivos acuerdos internacionales celebrados entre Chile y el resto de los Estados parte de esta convención, quedaron sometidos por sus disposiciones. Sin embargo llama a la reflexión el hecho que en la actualidad nuestro país no haya incorporado a su ordenamiento jurídico, (a lo menos por la aprobación) la convención de Viena de 1986; un tratado que amplía la posibilidad de que otras formas de acuerdos internacionales ambientales puedan adquirir, sin ninguna objeción, el carácter de ley conforme a lo establecido en la Constitución Política considerando que hoy en día, la proliferación de organismos internacionales creados con el fin de promover la protección del medio ambiente, se han alzado en el horizonte jurídico como verdaderos sujetos de derecho.

²¹ “La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión por los Estados.....”. En la actualidad sólo 28 Estados y han ratificado este instrumento, lo que explica que este aún no haya entrado en vigor. Artículo 85 N° 1 de La Convención de Viena de 1986.

B.2.) El objeto del Acuerdo entre Estados: Concepto de Medio Ambiente

Con el desarrollo del derecho ambiental (interno e internacional), ha surgido una voluntad sostenida en el tiempo de Estados y organizaciones internacionales, para levantar un concepto de medio ambiente lo suficientemente capaz de englobar todos los elementos que conforman el ecosistema, y cuya relevancia para la vida del hombre los hagan merecedor de tutela jurídica, tanto interna como global, manifestada a través del derecho internacional. Para conceptualizar un tratado ambiental es necesario analizar su objeto específico, el medio ambiente, y lo que el derecho entiende por tal, para lo cual debemos buscar dicha noción dentro de nuestra legislación vigente, conformada por los más importantes tratados medioambientales ratificados por Chile a que miran la protección al medio ambiente.

B.2.1.)Concepto de Medio Ambiente para el Derecho Internacional.

Pero esta búsqueda no está exenta de dificultades, ya que más allá de los constantes esfuerzos de organizaciones internacionales y organismos legisladores de derecho interno, no existe una opinión unívoca sobre que es el medio ambiente. A nivel internacional, no encontramos una definición categórica contenida en los más importantes tratados, declaraciones, protocolos, etc. Los distintos autores afirman que la dificultad radica en la complejidad de determinar y restringir, los diversos términos ambiguos con los cuales uno puede referirse a toda la biosfera donde se desarrollan las formas de vida, como también a los pequeños ambientes habitados por microorganismos²². Al respecto se han formulado una serie de postulados, los cuales oscilan entre conceptos de construcción breve hasta definiciones mas extensas que integran y precisan los elementos constitutivos de la biosfera.

La simple lectura, de algunos de los mas importantes instrumentos internacionales, nos deja en evidencia que la tendencia de la comunidad internacional es a evitar establecer con mayor precisión una definición de medio ambiente, para mas bien

²² BIRNIE, Patricia, Boyle, Alan y Redwell Catherine. Op Cit. Pp 3-4.

conceptualizarlo como un conjunto o sistema de elementos que conviven en una cierta armonía. Así es como tomamos como punto de partida la definición que la Organización de las Naciones Unidas formuló en la Conferencia de de Estocolmo de 1972 la que vino a introducir en la agenda internacional el problema de la degradación del ecosistema:

“El medio ambiente es el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas.”

Tal como se ha mencionado, la definición se constituye a partir de términos bastante generales, que establecen la equivalencia conceptual entre medio ambiente y biosfera. Esto podría explicarse no sólo en el hecho de que entendemos esta última como aquella zona en la que se desarrolla la vida en si, sino que también comprende aquellas áreas del planeta, en la que hay presencia e intervención del ser humano. Lo anterior se justifica en la misma Declaración de Estocolmo de ese año denominada “sobre el Medio Ambiente Humano”, en la que por primera vez se plantea el problema ambiental como una consecuencia de la actividad del hombre en él, y el impacto ambiental que provoca; como además la incorporación tanto el aspecto natural del hombre como el artificial o urbano; como así se desprende de su preámbulo:

“El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”.

La declaración también menciona una serie de elementos que conforman el medio ambiente en su Principio N° 2:

“Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”.

Asimismo establece una serie de principios que buscan el compromiso de cada Estado en pro de la preservar el ecosistema ante el avance de la degradación ambiental.

Por su parte la Unión Europea en su Programa de Acción Medioambiental de 1984 define el medio ambiente como *“la combinación de elementos cuyas complejas interrelaciones constituyen el marco, el entorno y las condiciones de vida del individuo y la sociedad, tal como son o tal como se perciben”*. En este concepto, no hay una mención específica de los elementos que conforman el medio ambiente, aunque mantiene la tendencia de establecer conceptos a partir de términos amplios y de difícil precisión.

Al respecto, la doctrina internacional insiste en afirmar, que en los diversos instrumentos internacionales persiste la conducta de evitar definir lo que es el medio ambiente. La problemática se resume en términos de que *“todo el mundo sabe lo que es el medio ambiente pero aún nadie es capaz de definirlo²³”*. Por lo mismo, llama bastante la atención que en los diversos tratados que se han suscrito en la materia, se suele mencionar una serie de conceptos ligados al medio ambiente como *“daño ambiental”, “impacto ambiental”* o establecer conceptos ligados al de medio ambiente sin referirse a que se entiende por medio ambiente como sucede con *“daño ambiental”*.

²³ *Ibíd.*, p 5.

La tendencia se mantiene incluso al definir tipos particulares de ecosistemas. Un ejemplo de esto lo encontramos en la Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Antárticos que en su Artículo I numeral 3° define el ecosistema marino antártico como “*el complejo de relaciones de los recursos vivos marinos antárticos entre sí y con su medio físico*”, definición que destaca el medio ambiente no como un conjunto de elementos, sino como un sistema de relaciones. No obstante lo anterior, para la doctrina los términos empleados para formular el concepto siguen vagando en la absoluta ambigüedad.

B.2.2.) Concepto de Medio Ambiente en la legislación chilena.

A principios de la década de los noventa la preocupación por el medio ambiente y el impacto ambiental significativo, provocado por la actividad económica del hombre, se fue convirtiendo en una preocupación que requirió cada vez más del compromiso de un mayor número de Estados, por el cual se hizo especial énfasis en comprometerlos a regular toda actividad del hombre relativa a la explotación de recursos naturales, alteración e impacto en los ecosistemas naturales y riesgo en las especies de la flora y fauna. En el caso de Chile, este compromiso se fue adoptando de manera incipiente a partir de la década de los sesenta con la ratificación de la Convención de Washington sobre la protección de la Flora y la Fauna, la ratificación de la Declaración de 1972 sobre el Medio Ambiente Humano; y una serie de instrumentos a partir de los cuales se empezaron a dictar leyes sobre protección y preservación de ecosistemas específicos. Sin embargo no existía una ley general sobre el medio ambiente, como tampoco un sistema por el cual se controlara y regulara el impacto causado por la actividad económica sobre el medio ambiente.

Con la suscripción de la Declaración de Río de Janeiro 1992, y la incorporación al debate ambiental de conceptos tales como “desarrollo sostenible” se acrecentó la necesidad por parte de la Comunidad Internacional, de exigir a los Estados la dictación de leyes y normas ambientales destinadas a regular la actividad de los distintos agentes, propendiendo regular el impacto que estas provocan y por último, establecer

un sistema de responsabilidad por daño ambiental que promoviera la debida reparación del medio ambiente frente al daño irreversible.

Bajo ese contexto se promulga la Ley N° 19.300 de 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la cual significa un gran paso para el ordenamiento jurídico ambiental, que establece la institucionalidad ambiental, introduce un sistema de evaluación de impacto ambiental y un estatuto de responsabilidad por daño ambiental. Uno de los aspectos relevantes de este cuerpo legal es la definición que formula en el Artículo 2° letra II) de lo que se entiende por medio ambiente:

“El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

La definición establecida en la ley sigue la tendencia manifestada en los instrumentos internacionales señalados con anterioridad. En efecto se concibe el medio ambiente como un conjunto o sistema de elementos que se mantienen en constante interacción. Claramente la definición se acerca a la establecida en la Convención de Estocolmo de 1972 en cuanto a hacer equivalente el medio ambiente con la biosfera. Asimismo continúa la línea conceptual de la declaración señalada en cuanto a hacer del hombre el principal agente modificador del medio ambiente incluso a la par con la naturaleza.

A manera de síntesis de las ideas planteadas en este apartado, en nuestro concepto los más importantes tratados internacionales, a los cuales haremos referencia y que requieren ser concebidos como cuerpos normativos de aplicación directa y eficaz; no son otros sino aquellos que engloben o incorporen en sus textos o en sus principios básicos, la protección de aquellos elementos fundamentales que definen el medio ambiente conforme lo hacen los tratados ya comentados y que trascienden hacia la propia definición que nuestra ley general medioambiental formula para nuestro ordenamiento.

B.3.) Concepto de Tratado Ambiental.

Considerando los elementos obtenidos de la convención de Viena que establece los requisitos básicos de todo tratado internacional, vinculándolos a su objeto o materia principal, es posible concebir un tratado ambiental como **un acuerdo internacional celebrado entre estados o entre estado y organizaciones internacionales o entre estas últimas cuyo fin es establecer obligaciones entre las partes “contratantes” encaminadas a la protección, preservación y resguardo del medio ambiente entendido tal como el sistema o conjunto de elementos provenientes de la naturaleza como de la actividad del hombre**, los cuales se encuentran en constante interacción y que lo hace merecedor de una tutela jurídica de carácter internacional.

El concepto formulado toma elementos jurídicos propios del derecho internacional público y del derecho ambiental, pero no sin perder una idea esencial: que la tutela jurídica del medio ambiente es una necesidad que engloba a toda la comunidad más allá de la sola regulación que cada ordenamiento jurídico realice por separado.

C. Clasificación de los Tratados Ambientales²⁴

La siguiente clasificación ha sido formulada a partir de los criterios clásicos de clasificación de los tratados internacionales:

- a) En cuanto al número de partes el ordenamiento jurídico internacional se han suscrito tratados en materia ambiental de carácter **bilateral** como **multilateral**, con una clara tendencia hacia el multilateralismo. Sin perjuicio de lo anterior es posible identificar en la actualidad ciertos acuerdos bilaterales ratificados por Chile, cuya materia principal no es el medio ambiente, pero que contienen disposiciones accesorias sobre la materia. Sin embargo cuando es el medio ambiente el objeto principal del tratado, abundan los acuerdos multilaterales. Más adelante se hará un tratamiento especial a estos tipos de tratados.

²⁴ DIEZ DE VELASCO, Op. Cit., Pág. 765-766

- b) En cuanto al grado de apertura a la participación; con la tendencia establecida a partir de mediados del siglo XX en el cual se suscribieron instrumentos provenientes de convenciones mundiales, los tratados ambientales tienen por finalidad incorporar la mayor cantidad de Estados, por lo que suelen tener el carácter de **abiertos**.
- c) En cuanto a la función de creación de obligaciones, creemos que por lo general los tratados ambientales establecen normas de carácter general que importan deberes a los Estados, razón por la cual deben considerarse como **tratados ley**. Esta clasificación debe entenderse en términos de que las disposiciones ordenan por lo general a los Estados parte, el adoptar medidas encaminadas a la protección del medio ambiente que pueden consistir en la dictación de leyes generales o especiales. Sin embargo, la doctrina ha señalado que el derecho internacional del medio ambiente se caracteriza en que sus instrumentos suelen contener normas carentes de consistencia, cayendo por lo general en disposiciones en las que abundan términos vagos y generales que restan su fuerza obligatoria²⁵. Sin perjuicio de ello creemos que aún así, los Estados realizan esfuerzos por otorgar mayor fortaleza a esas normas a través de la suscripción de instrumentos que desarrollan y complementan las normas del tratado originario²⁶.
- d) En cuanto a la naturaleza de las partes que lo celebran es pertinente reiterar lo señalado en cuanto a que el ordenamiento internacional regido por la Convención de Viena de 1969, no le otorga la calidad de tratado internacional a un acuerdo celebrado por sujetos de derecho distintos de los Estados, sin que por ello se desconozca el valor de estos. Cabe reiterar además que actualmente la posibilidad de celebrar tratados internacionales con Organizaciones Internacionales en materia ambiental aún se encuentra en un

²⁵ *Ibíd.* Pág. 765

²⁶ La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático celebrada en Nueva York en 1992, tuvo como objetivo la creación de conciencia en los Estados miembros para regular y estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera. Posterior a la ratificación por parte de varios Estados incluidos Chile, se llegó a la conclusión de que sus normas carecían de la suficiente fuerza vinculante, razón por la cual hubo que incorporar en 1997 una adición al tratado conocida como Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático que viene en darle mayor vigor a la convención en cuanto establece plazos por los cuales los Estados deben reducir la emisión de gases en un 5 % entre el 2008 y el 2012.

verdadero punto muerto, al no entrar aún en vigencia la Convención de Viena de 1986.

D. Recepción de los Tratados Ambientales en el ordenamiento interno

D.1.) Consideraciones Previas

La recepción de los tratados por el ordenamiento interno, se refiere al modo como los Estados incorporan el derecho contenido en un tratado internacional al ordenamiento interno, adoptando sus disposiciones como norma general y obligatoria. Al respecto, mucho se ha discutido por parte de doctrina, y en base a ello se han ido formulado una serie de teorías que intentan explicar la validez y fuerza obligatoria de la norma internacional.

Por lo pronto son dos las teorías mayormente aceptadas dentro de la doctrina internacional; las teorías dualista y monista²⁷. La primera de ellas formulada por autores como el jurista italiano Dionisio Anzilotti y el alemán Carl Heinrich Triepel señala a grandes rasgos, que el ordenamiento jurídico interno y el internacional son dos entes jurídicos radicalmente diferentes y separados entre sí en cuanto al proceso de creación, contenido material y a la fuente de creación. La consecuencia lógica y práctica de esta posición, es que la norma internacional no puede ser obligatoria en el orden jurídico interno ya que los destinatarios de la ley del tratado son los Estados que prestan su consentimiento, por tanto para que el tratado internacional sea aplicable en el ordenamiento jurídico interno, es necesario que este sea homologado a través de un acto del legislador.

La teoría monista, desarrollada por Kelsen, postula que el derecho Internacional y el derecho Interno, son parte de un solo sistema jurídico piramidal escalonado en cuya cúspide se encuentra la “norma fundamental hipotética”; las normas del sistema jurídico adquieren validez mientras estén conformes con ella. El problema radica

²⁷ DIEZ VELASCO, Op. Cit Pag 244

entonces, en si la norma fundamental es de carácter interno o internacional. En estudios posteriores, Kelsen que afirmaba la norma fundamental hipotética proviene del derecho internacional. En tal sentido, el ordenamiento interno viene a ser un producto del derecho internacional, ya que es éste el que le reconoce potestad a los Estados para crear normas jurídicas, sosteniendo la obligatoriedad en la sujeción jurídica del ordenamiento interno al internacional. En la doctrina europea existe el consenso en aceptar la teoría monista, destacando que los Estados se someten al ordenamiento internacional al momento de crear su normativa interna²⁸.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política en sus normas sigue la doctrina dualista en cuanto consagra el principio de la soberanía del Estado, considerando el derecho internacional como una limitante de su acción soberana, en resguardo de los derechos que emanen de la naturaleza humana²⁹, por el cual la normativa internacional es adoptada por el derecho interno a través de un acto de ratificación por parte del órgano ejecutivo.

D.2.) La “Doble Vía” en la recepción de la norma ambiental internacional.

Posterior al proceso de celebración de los tratados internacionales, procede la incorporación al ordenamiento jurídico interno, instancia en la que el derecho internacional imbuye al ordenamiento interno por medio de dos vías de recepción. La vía directa se vincula a los acuerdos multilaterales mientras la vía más indirecta se encuentra vinculada a la suscripción de acuerdos bilaterales. A continuación nos referiremos a ellas.

²⁸ DIEZ DE VELASCO, Op. Cit., Pág. 245.

²⁹ El Artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile establece que “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

D.2.1.) Vía directa o principal.

Esta vía de recepción se verifica, cuando los Estados partes se reúnen a suscribir un tratado internacional cuyo objeto o materia central, es siempre el medio ambiente, y manifestada de esa manera en el texto de dichos instrumentos, las principales disposiciones que éste contendrá regularan materias propias de esta rama. Generalmente esta vía se relaciona directamente con declaraciones multilaterales resultado de convenciones sobre puntos específicos respecto del cuidado y preservación del ecosistema,³⁰ y que a lo largo de la historia se han constituido como una respuesta a las diversas preocupaciones a nivel mundial con respecto al deterioro de la biosfera, el peligro de extinción de especies pertenecientes a la flora y fauna; así como la necesidad de compromiso de los diversos estados en cuanto a restringir razonablemente la actividad productiva de los particulares con el fin de evitar la explotación irracional de los recursos naturales³¹.

D.2.2.) Vía indirecta o accesoria.

Esta vía de recepción se manifiesta cuando los Estados partes se reúnen a celebrar un acuerdo internacional cuya materia principal es de una naturaleza distinta a la medioambiental. El caso mas ejemplar se da en aquellos tratados generalmente bilaterales que tienen por principal objeto establecer un régimen libre comercio entre las partes, fijando disposiciones que establecen políticas arancelarias, reglas para el intercambio de ciertos productos, y en general toda regla que regule relaciones

³⁰ La Convención de Washington sobre la protección de la Flora y la Fauna celebrada en 1940 tiene como materia principal dentro de sus artículos establecer obligaciones para los Estados, de establecer dentro de su territorio áreas destinadas a la conservación de especies ejemplares a través de la creación de Parques y Reservas Nacionales, Monumentos Naturales, reservas de regiones vírgenes y en general áreas destinadas a la preservación de Especies en peligro de extinción. Este instrumento ha sido firmado y ratificado por una serie de estados que han adoptado las principales obligaciones contenidas en sus disposiciones; las cuales implica la creación de leyes que promuevan el desarrollo de estas áreas.

³¹ La Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo significa multilateral de la Comunidad Internacional dirigida directamente a equilibrar el desarrollo de los países y el respeto y protección del medio ambiente. Esto se desprende expresamente del Principio 2º de la declaración en cuanto a que *“Los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar para que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”*.

comerciales. En casos como el mencionado no hay una voluntad directa de las partes en orden a establecer un acuerdo que regule obligaciones de carácter ambiental, sin embargo las partes incorporan disposiciones de carácter complementarias, entre las que si podemos encontrar normas de carácter ambiental.

Generalmente, estas normas vienen a restringir los derechos que las partes se han conferido dentro de la materia principal del tratado, estableciendo condiciones por las cuales los Estados favorezcan el libre comercio y la libre explotación de los recursos naturales siempre observando la legislación ambiental vigente; así como también comprometer a los Estados parte a no modificar su legislación ambiental interna como forma de favorecer aún más las relaciones comerciales, desprotegiendo claramente el ecosistema³².

En este punto encontramos casos como el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Estados Unidos, que establece normas que fomentan la cooperación medioambiental de los Estados como complemento de las relaciones comerciales que promueve el tratado. En efecto el mismo instrumento señala como objetivos el *“...contribuir a los esfuerzos de las partes de asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente y colaborar en la promoción de la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible; y esforzarse por fortalecer los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y ambientales de las Partes con el fin de promover los objetivos de fomento comercial del Tratado, incluyendo la promoción de medidas no discriminatorias, evitando obstáculos encubiertos al comercio y eliminando distorsiones al comercio cuando el resultado pueda traducirse en beneficios directos tanto para el comercio como para el medio ambiente”*. Por su parte en el marco del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Canadá se suscribió un acuerdo paralelo denominado “Acuerdo de

³² El Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y E.E.U.U. suscrito con fecha 6 de Junio de 2003 señala en su preámbulo de manera expresa la voluntad de las partes de establecer un régimen de libre comercio que tenga siempre en consideración el respeto por el medio ambiente, a partir de tres principio fundamentales cuales son el **“IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente; PROMOVER el desarrollo sostenible; y CONSERVAR, proteger y mejorar el medio ambiente, incluso mediante el manejo de recursos naturales en sus respectivos territorios y a través de acuerdos multilaterales sobre el medioambiente de los que ambos sean parte”**. Estos principios son luego desarrollados como disposiciones expresas que terminan por consagrar un régimen de observancia de la legislación ambiental interna.

Cooperación Ambiental” cuyo principal objetivo es establecer reglas ambientales complementarias a la regulación comercial, que propendan al desarrollo sostenible, por medio de la cooperación entre las partes al fomento, protección y preservación del medio ambiente manteniendo la libre determinación de cada estado, de sus propias políticas ambientales. Además el acuerdo busca implementar la transparencia a la ciudadanía, garantizando mecanismos por los cuales esta realice peticiones en caso que estimen que el Estado no hace cumplimiento a la legislación ambiental.

E. Posición de la norma ambiental internacional en el ordenamiento jurídico

Determinar el rango o valor jurídico de las disposiciones contenidas en un tratado internacional, que regule materias ambientales, no es una tarea sencilla. Al respecto, reabunda en la doctrina la discusión relativa al rango o valor con el que estas normas ingresan al sistema jurídico interno dentro de este sistema normativo jerarquizado. La discusión se centra en otorgar a estas normas, el carácter de ley general de la república, o bien si el derecho ambiental, por la vinculación directa con el desarrollo básico del ser humano, debe otorgársele la calidad jurídica de tercera generación vinculado a los Derechos Humanos, razón por la cual se le reconoce valor constitucional a sus normas. A continuación analizaremos ambos aspectos.

E.1.) Jerarquía legal de los tratados ambientales.

Por medio de la aprobación realizada por el Congreso Nacional en ejercicio de las facultades que la constitución le entrega, y la posterior ratificación por parte del ejecutivo, un tratado se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico como norma general y obligatoria. Surge entonces la pregunta sobre si los tratados internacionales gozan de una jerarquía legal dentro del ordenamiento. Al respecto, mayoritaria es la tesis que le entrega el valor de ley a los tratados internacionales a razón de la interpretación *a contrario sensu* de lo dispuesto en el Artículo 5° inciso segundo de la carta fundamental, entendiéndose que aquellos tratados ratificados por Chile que se encuentren vigentes y que cuya materia a tratar no se refieran a los derechos que emanan de la naturaleza humana, tienen el valor de ley de la República. Esa

obligatoriedad suele traducirse en materia ambiental, a través de normas obligan a los Estados, a llevar a cabo medidas de protección y preservación ambiental o bien regular diversas materias generales como específicas.

Un claro ejemplo de regulación general lo encontramos en la Declaración de Río de 1992, la que una vez ratificada constituyó en nuestro ordenamiento un mandato al legislador para adoptar los nuevos estándares ambientales basados en el desarrollo sostenible, lo cual se ejecutó a través de la creación de leyes generales de la rama. De ese mandato deriva la posterior promulgación de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente que crea la actual institucionalidad ambiental.

Respecto a regulaciones específicas podemos citar la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Floras Silvestres (CITES) contenida en el Decreto Supremo N° 141 del Ministerio de relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 25 de Marzo de 1975, el cual agrupa ciertas especies que se encuentran en peligro de extinción, agrupando su grado de vulnerabilidad y restringiendo la comercialización de dichas especies.

E.2.) Reconocimiento Constitucional a los Tratados Ambientales.

Desde hace algún tiempo una parte de la doctrina moderna, ha realizado la importancia del derecho al medio ambiente como parte integrante de aquel conjunto de derechos denominados “de tercera generación³³”, a razón de ser el ecosistema un pilar esencial que crea el desarrollo de de factores físicos, químicos y biológicos por los

³³ Un sector de la doctrina moderna clasifica los derechos humanos en derechos de primera generación (derechos civiles y políticos), de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales y los de tercera generación. Estos últimos también denominados como “derechos de los pueblos o de las colectividades”, tienen su origen en la serie de acuerdos suscritos por la comunidad internacional. Estos derechos aún no han sido precisados por la doctrina siendo su denominador común la protección de aquellos derechos básicos de la dignidad del hombre y de ciertos grupos o colectivos dentro de los cuales caben los Derechos Humanos y el Derecho a un medio ambiente sano. Este Derecho en particular, es de amplia extensión, dentro del cual se encuentra también el de protección de la flora y la fauna, entre otros. En 1992, se reafirmó el compromiso de la Cumbre de desarrollo humano de Estocolmo, con lo cual se propuso establecer una alianza mundial para permitir la cooperación entre todos los actores (Estados, sectores clave de la sociedad y ciudadanía) a fin de lograr acuerdos que respeten la integridad del medio ambiente y el desarrollo.

cuales las personas y la sociedad pueden desarrollarse en completa dignidad³⁴. A razón de esto, se afirma la existencia de un vínculo directo del derecho ambiental con los presupuestos fundamentales del derecho internacional de los Derechos Humanos, por cuanto una alteración significativa y grave de un determinado ecosistema alteraría el normal desarrollo mínimo de una colectividad, en cuanto a su condición humana³⁵. No debe entenderse por ello que el medio ambiente sea derecho natural del hombre ni que la tala de árboles constituya un atentado a los Derechos Humanos, sino que más bien indirectamente se atenta contra ellos en cuanto la alteración medioambiental sea de tal magnitud, que afecte el derecho de una colectividad a un medio ambiente sano.

Ya hemos señalado con anterioridad, como a través de los tratados ambientales se consagra una idea antropocéntrica del ecosistema, y siguiendo esa línea, la protección ambiental representa una condición esencial para garantizar el disfrute efectivo de los derechos humanos y tercera generación en general. Nuestra carta fundamental ya consagra una garantía para vivir en un mundo libre de contaminación, contenida en el numeral octavo del artículo 19°. Para algunos esta garantía se vería potenciada aún más por aquellos tratados que consagran una serie de normas y principios inspirados en el respeto a la dignidad de las personas en relación a su ecosistema. Bajo esa visión, la norma contenida en el Artículo 5° inciso segundo, le otorgaría un cierto reconocimiento constitucional a aquellos tratados internacionales que consagren el derecho de tercera generación a un medio ambiente sano, calificándolo como un derecho que emane de la propia naturaleza del ser humano.

Sin embargo en nuestra legislación esta postura no es mayoritaria, principalmente por carecer de un sustento determinado por una norma expresa, como también de una incierta sistematicidad. Se afirma que no existe una regla que determine el valor

³⁴ FERREIRA DE CARVALHO, Edson; La Contribución del Derecho Humano Internacional a la Protección Ambiental: Integrar para mejor cuidar la Tierra y la humanidad, pag 146, disponible en < http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=edson%20ferreira%20de%20carvalho&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdigitalcommons.wcl.american.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1083%26context%3Dauilr&ei=H1xqTa6IPGpsALUmLGrCQ&usq=AFQjCNGPjIYR5LjAMXxRAVjXk7_XMM-EZA&cad=rja> (Consulta: 21 de Marzo de 2012)

³⁵ La vinculación directa entre el Derecho Ambiental y el Derecho internacional de los Derechos Humanos, será materia a ser vista con mayor profundidad en el capítulo cuarto de esta memoria.

jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que este se obtiene de los límites que la carta fundamental impone al ejercicio de la soberanía en el inciso 2° del Artículo 5° de nuestra Constitución Política, entregando a las normas internacionales que consagren derechos de tercera generación relativas a la protección del medio ambiente un cierto reconocimiento constitucional a estos derechos. En base a ello si concebimos y defendemos esta postura, los tratados ambientales ratificados por el ordenamiento jurídico incorporan a nuestra legislación verdaderas garantías constitucionales que requieren la protección debida por medio de las herramientas correspondientes ya consagradas por la constitución.

Sin perjuicio del ánimo de presentar esta postura como alternativa, es evidente en el camino nos encontraremos con ciertos conflictos teóricos entre las bases de esta teoría, y los planteamientos conceptuales de nuestro propio sistema jurídico interno. En efecto, una primera precisión que se debe formular y reiterar a la vez, proviene del entendido de que el derecho ambiental es mas bien el derecho de las personas “al ambiente”, y sosteniendo ese paradigma la doctrina mayoritaria no acepta una tesis que concibe los elementos del ecosistema como un presupuesto de garantías o derechos que “emanen de la naturaleza humana”. Es evidente sin duda que la reunión de componentes físicos, químicos y biológicos provienen precisamente de la naturaleza y no del ser humano en si, por tanto suele tildarse de artificioso el afirmar al derecho ambiental como derecho humano. Precizando aún más; nuestra carta fundamental sólo establece un vínculo derecho ambiental-derechos humanos por medio de la relación de garantías fundamentales, como lo es por ejemplo el derecho de las personas a “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, o bien el derecho a la protección de la salud que puede verse afectada por una alteración significativa al medio ambiente provocada por el hombre.

En conclusión, nuestra legislación y la doctrina mayoritaria propende más a reconocer valor de ley de la república a los tratados ambientales más que a un valor supralegal.

F. Rol de la Jurisprudencia; análisis en sede judicial y administrativa.

Habiendo sometido a análisis la forma como los tratados ambientales se hace parte del ordenamiento jurídico, y la jerarquía que según la doctrina podría adquirir dentro de nuestra legislación, corresponde llegar al siguiente nivel de acción de estas normas; la aplicación que de estas normas se hace. En esta sección analizaremos la labor de estos órganos, y especialmente los principales ámbitos de acción por los cuales toman conocimiento de las normas provenientes de los tratados ambientales. Previo a ello, corresponde hacer una precisión importante.

La garantía constitucional establecida en el N° 8 de la carta fundamental, señala específicamente que sólo la ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger al medio ambiente. La premisa normativa de carácter constitucional es clara en el sentido que cualquier limitación que los órganos jurisdiccionales efectúen, motivados en el resguardo medioambiental, sólo se debe fundamentar en una consagración previa realizada por los órganos encargados de la función legislativa. Bajo ese contexto, el análisis que a continuación expondremos toma como presupuesto el conflicto de normas de carácter legal previamente existentes, que al juez y a la autoridad administrativa les corresponde resolver, sin perjuicio de que ante la ausencia de ley ambiental, el juez pueda aplicar los principios de derecho ambiental contemplados en el texto de un tratado internacional, lo que nos lleva a la discusión respecto de la autoejecutabilidad de los tratados, tema sobre el cual trataremos más adelante.

F.1.) Aplicación de la norma internacional en sede jurisdiccional.

La actividad de los distintos agentes en el medio ambiente, crea de manera inevitable conflictos de relevancia jurídica caracterizados por pretensiones resistidas entre los actores. Mientras que para unos la pretensión se basa en la preservación del patrimonio ambiental de Chile en zonas específicas de nuestro territorio evitando la explotación del espacio natural sin ningún tipo de freno, para otros su contrapretensión se encuentra motivada por la necesidad de desarrollo y de creación de nuevas fuentes

de energía que favorezcan a la colectividad, como una manera de propender al bien común. Más allá de todo interés particular, es evidente que ambas pretensiones implican la satisfacción de una necesidad colectiva, ambas tuteladas por la constitución y las leyes, generando por ello un litigio que exige la intervención de los jueces. En el ejercicio de dicha función, le corresponde al juez la aplicación de las diversas normas que entran en conflicto, siendo así como se produce el contacto entre el juez y la norma ambiental, siendo relevante para la resolución de la disputa, la posición que el juez toma respecto de las normas que forman parte del texto de un tratado internacional. En este punto reiteramos lo ya dicho en cuanto a que nuestra directriz la indica lo dispuesto en el Artículo 8° de la Constitución reservando a la ley la imposición de restricciones al ejercicio legítimo de ciertos derechos que afecten el medio ambiente. Bajo ese prisma podríamos descartar *a priori* que un tratado pueda servir de fundamento directo al fallo de un juez mientras el órgano legislativo no traslade las obligaciones de un tratado a un cuerpo legal. Sin perjuicio de ello, queda sobre la mesa la discusión sobre la autoejecutabilidad de los tratados que podrían vislumbrarse como alternativa y que trataremos con mayor detalle mas adelante. A mayor abundamiento podemos agregar que los derechos de carácter ambiental no necesariamente requieren ser restrictivos de otros derechos para promover conflictos de relevancia jurídica que merezcan un pronunciamiento del juez³⁶. La medida en que se produzca este acercamiento deberá analizarse según las respectivas instancias en las cuales corresponde ejercer actividad jurisdiccional en la resolución de un conflicto que revista caracteres de ambiental.

³⁶La Convención de Washington en su Artículo III prohíbe expresamente la explotación comercial de las riquezas de un parque nacional. Entendiendo que un parque nacional es bien nacional de uso público sujeto a administración del estado. Esta norma no tiene por objeto la restricción de alguna garantía constitucional como puede ser el derecho de propiedad o el derecho a realizar una actividad económica, sino mas bien su objetivo fundamental es el de crear áreas de preservación de ciertas especies. Las restricción de los derechos ya mencionados es mas bien consecuencial. Sin embargo la probabilidad de colisión de estas normas con otras normas que consagran garantías a particulares como las ya mencionadas es evidente y merecen de un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales competentes (ver comentarios de los fallos jurisdiccionales a propósito de la aplicación de la Convención de Washington contenidas en el capítulo III). Un ejemplo de norma restrictivas establecida por la ley, que directamente afecte ciertas garantías en resguardo de la preservación medioambiental, se encuentran en las normas de emisión y de calidad ambiental consagradas en la Ley N° 19.300 en sus artículos 2° letra m), n) y ñ) y 32° que directamente limitan el desarrollo de una actividad económica, previniendo el exceso de contaminación ambiental.

F.1.1.) Tutela de Garantías Constitucionales Ambientales.

Nuestros tribunales superiores de justicia gozan de potestad cautelar, mediante la cual les corresponde velar por el imperio de la ley ante cualquier vulneración de los derechos fundamentales, que la constitución consagra en su Artículo 19. A su vez, la carta magna consagra acciones de carácter constitucional que velan por estos derechos, siendo el mecanismo más recurrente es la acción de protección del Artículo 20 del mismo cuerpo supremo. El constituyente ha consagrado específicamente una acción específica encargada de la tutela ambiental.

Esta acción se distingue de la acción de protección ordinaria por tres rasgos específicos que lo han hecho, por lo mismo, objeto de críticas. En primer lugar se trata de una acción cuyo titular corresponde a la sociedad toda, es una aspiración colectiva, del orden de aquellos derechos sociales que el Estado se obliga a asegurar, de carácter colectivo y abstracto. Por tanto hay una directa vinculación de la acción con la promoción del interés común de la sociedad. En segundo lugar, los actos de los cuales puede provenir la vulneración o amenaza, pueden ser ocasionados por personas o autoridades determinadas lo cual amplía la legitimación pasiva en orden a perseguir por cualquier vía la pronta prevención del daño ambiental. Por último la acción de protección restringe la forma de vulneración al medioambiente, puesto que sólo concibe su procedencia frente a actos de carácter ilegal.

La acción constitucional de protección, viene a crear una instancia por la cual se suscitan conflictos de carácter ambiental dentro de la esfera de intervención jurisdiccional. El eje central de apoyo para una vía de protección constitucional del ecosistema, lo entrega la garantía contemplada en el Artículo 19 N° 8 sobre “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. A este eje, se suman otras garantías constitucionales que se vinculan a esta como el derecho a la vida, el derecho a la salud. Como eventual norma vinculante encontramos los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, cuya materia sea de carácter ambiental, en la medida que sea aceptable la tesis del carácter de Derechos de Tercera Generación que tienen los tratados ya mencionados. Reiteremos en este

punto que dicha tesis aún no goza de un suficiente fundamento que la sustente y le otorgue mayor aceptación en nuestra doctrina, pero aún así es menester el mencionarla como una alternativa a una concepción meramente legal de los derechos de carácter ambiental que emanan de estos instrumentos.

F.2.) La autoridad ambiental administrativa.

Dada la especialidad de la actividad administrativa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, es preciso hacer una breve descripción de esta institución ambiental para posteriormente identificar la instancia por la cual nos podemos abrir camino a la eficacia de los tratados internacionales en esta sede.

F.2.1.) Aspectos generales del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

La ley 19.300 consagra un sistema por el cual, los proyectos que generen impacto ambiental deben someterse a evaluación ya sea a través de una Declaración de Impacto Ambiental, o bien por medio de un Estudio de Impacto Ambiental, según el tipo de proyecto y según el grado de alteración que esta provoque en el medio ambiente. La ley obliga a someter a este sistema no sólo los proyectos nuevos, sino también aquellos que requieran modificaciones. A su vez la ley señala claramente, cuales proyectos deben someterse a Estudio de Impacto Ambiental y cuales otros sólo requieren de una Declaración de Impacto Ambiental.

Este sistema de evaluación se lleva a cabo a través de un procedimiento administrativo, ante los organismos ambientales competentes, que puede ser la Comisión Regional del Medio Ambiente de la región en la que se realizarán las obras materiales del proyecto, o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente cuando la actividad sometida a evaluación pueda causar impactos ambientales en zonas situadas en distintas regiones del territorio chileno.

Corresponde a la autoridad administrativa competente, evaluar si el proyecto sometido cumple con los requisitos correspondientes, así como con la normativa ambiental vigente, incluyendo aquellas disposiciones de carácter sectorial relativas al proyecto en sí, tal como ordena el reglamento sobre Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental³⁷. Una vez emitidos los informes correspondientes la autoridad administrativa dicta una resolución de calificación ambiental (RCA) por la cual aprueba o rechaza el proyecto sometido a su análisis.

F.2.2.) El proceso de participación ciudadana y las normas internacionales.

Anteriormente hemos dado una breve reseña del proceso administrativo por el cual, la autoridad con competencia ambiental somete a evaluación un Estudio de Impacto Ambiental, aprobándolo si cumple con los requisitos establecidos en el reglamento, con la normativa ambiental vigente y con los correspondientes permisos sectoriales. Un inconveniente que podría darse en esta sede se presenta cuando la autoridad administrativa, aprueba un proyecto considerando que cumple con la legislación ambiental, pero que sin embargo, omite considerar en su dictamen otras normas ambientales que adquieren relevancia en la evaluación. Un actor relevante en la revisión de la resolución emitida por la autoridad, es la ciudadanía, para lo cual la ley contempla la posibilidad de realizar observaciones al proyecto, y, en caso de ser estas observaciones rechazadas, la ciudadanía detenta la legitimación activa para interponer la correspondiente reclamación ante la autoridad superior, para el caso en que la resolución favorezca un proyecto que se estima no se encuentra conforme a la normativa ambiental.

³⁷ El Artículo 37 del Reglamento sobre Evaluación de Impacto Ambiental señala que “*Tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental, si la resolución es favorable pura y simplemente o sujeta a condiciones o exigencias, ésta certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables; que el proyecto o actividad **cumple con la normativa de carácter ambiental**, incluidos los requisitos de carácter ambiental contenidos en los permisos ambientales sectoriales que se señalan en el Título VII de este Reglamento, cuando corresponda, y que, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley, se proponen medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas*”. Por su parte el Artículo 38 se refiriéndose a la Declaración de Impacto Ambiental establece que “*si la resolución es favorable, ésta certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables y que el proyecto o actividad **cumple con la normativa de carácter ambiental**, incluidos los requisitos de carácter ambiental contenidos en los permisos ambientales sectoriales que se señalan en el Título VII de este Reglamento*”.

En este punto, cobran gran relevancia las disposiciones contenidas en los tratados ambientales, incorporadas en nuestro ordenamiento interno como ley de la república, pues importan una obligación a la autoridad administrativa de velar por su cumplimiento, al momento de evaluar un determinado proyecto. A modo de ejemplo, podría darse el caso que un Estudio de Impacto Ambiental referente a un proyecto de construcción de una central hidroeléctrica, en parques nacionales u otras áreas protegidas, que sometida a nuestra legislación interna sea susceptible de aprobación por la autoridad administrativa, sea motivo de evidente cuestionamiento si se incorporan a la decisión, las disposiciones sobre el principio precautorio contenido en la Declaración de Río de 1992 sobre cambio climático y desarrollo sostenible; y especialmente normas de la Convención de Washington sobre protección de la Flora y Fauna que crea las áreas protegidas.

Por tanto, es posible concluir que existen canales jurisdiccionales y administrativos, por las cuales los órganos del Estado encargados de aplicar el derecho, **pueden revestir de eficacia a los tratados internacionales en materia medioambiental**, promoviendo su aplicación a casos concretos, en la medida que la vulneración de estas normas **importen una atropello a derechos o garantías** fundamentales relacionados con el ecosistema, como también es posible promover el cumplimiento de estas normas en sede administrativa con motivo de la aprobación de proyectos que deban someterse al SEIA.

CAPITULO SEGUNDO
INEFICACIA EN LOS TRATADOS AMBIENTALES: CAUSAS E INTEGRACION POR
MEDIO DE PRINCIPIOS.

A. Consideraciones Previas.

En el capítulo anterior analizamos, en forma descriptiva, el proceso por el cual los tratados ambientales se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico, a partir de su aprobación y ratificación, para posteriormente referirnos brevemente al proceso de recepción de dichas normas, otorgándole el valor de ley en nuestro ordenamiento jurídico, que tal como hemos expuesto y seguiremos analizando en este capítulo, aún se discute por parte de la doctrina internacional y constitucionalista.

Una vez incorporada a nuestro sistema jurídico, la norma contenida en estos instrumentos se encuentra a disposición de los órganos encargados de la aplicación del derecho, los cuales son el juez y la autoridad administrativa; quienes, en el ámbito de sus funciones, deben decidir un litigio ambiental o la aprobación de un proyecto ambiental respectivamente, aplicando las normas vigentes.

Sin embargo, la norma internacional llega a esta instancia en una situación de completa desestimación por parte de los órganos que la aplican, afectando la eficacia de dichas normativas. Esto puede deberse a una serie de factores, a los cuales nos referiremos en su momento; pero lo que llama aún más la atención es, como dicha ineficacia se ha ido consolidando en la judicatura como una práctica consolidada, cuyo efecto más preocupante es el desincentivar al sujeto activo del litigio, razón por la que actualmente quienes acuden a sede jurisdiccional, lo hacen invocando normas de derecho interno; careciendo por completo del estímulo para incorporar normas de provenientes de instrumentos ambientales internacionales, por considerar a priori que el uso de ella viene anticipadamente desestimada.

El desarrollo de esta problemática será uno de los temas a abordar en este capítulo, avocándonos principalmente, a identificar aquellos aspectos que constituyen las principales causas de la ineficacia de las normas ambientales internacionales. Como se verá a continuación, el análisis está dividido en dos secciones; en la primera desarrollamos el problema de la ineficacia propiamente tal, dejando entrever nuestro parecer afirmando que la ausencia de normas claras en nuestra legislación, que determinen el real valor de los tratados ambientales en el sistema jurídico dejan al juez en una posición de inseguridad respecto de dichas normas, quien se enfrenta a una falta de debida sistematicidad en la aplicación de estas. Posterior al desarrollo del problema, la segunda sección propone solucionar esos vacíos, al dejar a disposición del juez y la autoridad administrativa, un conjunto de principios extraídos del derecho internacional del medio ambiente con el fin de revestir el valor jurídico de las normas por medio de una interpretación que integre el uso de estos principios.

B. SECCION I: LA PROBLEMÁTICA DE INEFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES AMBIENTALES

B.1.) Ineficacia Jurisdiccional y Administrativa.

Sin querer caer en la reiteración absurda, podemos afirmar sin hacer ninguna reserva que los tratados internacionales que regulan materias ambientales se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico una vez aprobados por el Congreso Nacional y ratificados por el ejecutivo, conforme lo ordena nuestra carta fundamental. Con este acto de Estado, la norma ahora vigente se suma a la existencia de una diversidad de normas ambientales que el derecho internacional ha introducido en la legislación chilena.

La diversidad de materias medioambientales que estas normas regulan, tienen un objetivo determinado por la forma y el contexto dentro del cual son creadas. Si hablamos por ejemplo de un tratado bilateral, cuyo objeto a manera de ejemplo es el libre comercio, las normas complementarias al tratado que versan sobre cooperación

medioambiental regularán el modo como las partes del tratado, pueden desarrollar de la mejor manera el libre comercio,, sin dejar de propender al resguardo de los recursos naturales y el medio ambiente, cuidando la sobreexplotación de los recursos en pro de las ventajas económicas que se otorgan las partes³⁸. Cuando hablamos de tratados multilaterales, que surgen dentro del contexto de un determinado problema ambiental que involucra el compromiso de varios Estados, las normas buscarán formalizar el compromiso de las partes, en la cooperación y cumplimiento de todas las acciones y medidas políticas, administrativas, jurisdiccionales requeridas para implementar en sus territorios, con el objetivo claro de limitar la sobreexplotación de los recursos y la degradación significativa de los espacios donde convive la flora y fauna, así como la desmesurada introducción de agentes contaminantes en los ecosistemas naturales y urbanos³⁹. Entonces concluyamos que estas disposiciones, regulan obligaciones cuyo cumplimiento implica la acción y cooperación entre Estados, pero hay otras que importan un mandato al Estado soberano para cumplir dentro de su propio territorio, ciertos compromisos tomados con el fin de propender a la protección de especies en peligro de extinción, así como el regular las actividades económicas potencialmente dañinas en gran magnitud para el ecosistema, entre otros. En otros términos mas concluyentes, la legislación ambiental interna es diversa en las materias reguladas y en la naturaleza de los compromisos adquiridos.

Sin embargo la eficacia de esta amalgama de reglas internacionales, se ve considerablemente postergada cuando entran en conflicto precisamente con normas de derecho interno y en eso hay una gran injerencia de los órganos que actúan en la valoración de dichas normas, como lo son las Cortes de Apelaciones que conocen de la acción Constitucional de Protección y la autoridad administrativa ambiental conociendo de la reclamación interpuesta por la ciudadanía. Nuestro postulado señala que ambas entidades contribuyen en gran parte a la falta de aplicación de los tratados,

³⁸ Corresponde a este tipo de acuerdos, los tratados de libre comercio bilaterales ya mencionados en el Capítulo I de este trabajo, al referirnos a la doble vía de incorporación de tratados internacionales sobre medioambiente en nuestra legislación.

³⁹ Al respecto revisar los tratados enumerados en el capítulo anterior verificando las variadas materias específicas regulan.

lo cuál se manifiesta en su forma valorar las normas internacionales al momento de razonar.

Sin perjuicio del análisis jurisprudencial, que haremos mas adelante y con mayor profundidad, creemos pertinente ir adelantando el modo como se va manifestando la debilitación de la norma internacional⁴⁰. Podemos partir señalando que en la jurisprudencia judicial, es de opinión mayoritaria que los tratados internacionales tienen el valor de ley de la República; al respecto veremos que son pocos los casos en que se les cuestione dicho valor⁴¹, e incluso existen más casos en los que se refuerza esta opinión de tal modo claro y expreso, aún contradiciendo otras sentencias que entregan el valor a los tratados tan sólo como de “meras recomendaciones”⁴². Sin embargo, eso no ha impedido que la ineficacia de estos instrumentos, se verifique en el modo en que se desestiman normas en las que están en juego reales obligaciones adoptadas por el Estado de Chile, en orden a cuidar y preservar ciertos espacios naturales, prefiriendo ciertos derechos de carácter patrimonial regulados por el ordenamiento interno. En otras sentencias incluso es aún mas preocupante la forma como el juez falla el asunto, por cuanto habiéndose invocado normas relevantes en materia ambiental, contenidas en un tratado, éstas ni siquiera entran al razonamiento del decidor como mera mención⁴³; considerando que en el conflicto de derechos que entran en pugna, la norma ambiental desestimada es la que funda en gran parte la acción deducida. Otras manifestaciones de la falta de aplicabilidad se presentan en el caso que, invocando una norma ambiental, el tribunal estime conveniente la aplicación de la norma pero desde un punto de vista distinto del derecho ambiental.⁴⁴

⁴⁰ Las menciones que se harán a continuación son síntesis de lo observado en los fallos que se analizarán en el capítulo siguiente de este trabajo.

⁴¹ Al respecto ver comentarios al fallo “**Humberto Palza Corvacho y otros contra Dirección de riego**”, contenidos en el capítulo siguiente de este trabajo y consultar el texto completo en el Anexo B.

⁴² Al respecto ver comentarios al fallo “**Galletué con Fisco**”, contenidos en el capítulo siguiente de este trabajo y consultar el texto completo en el Anexo B.

⁴³ Al respecto ver comentarios al fallo “**Sociedad Agrícola lo Cañas Ltda. Con Secretaría Ministerial de Salud de la Región del Maule**”, contenidos en el capítulo siguiente de este trabajo y consultar el texto completo en el Anexo B.

⁴⁴ Al respecto ver comentarios al fallo “**Puelman Ñanco, Mariano y otros c/ Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía**”, contenidos en el capítulo siguiente de este trabajo y consultar el texto completo en el Anexo B.

En sede administrativa, el fenómeno es más evidente dentro del marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que en varias de sus instancias permite a los órganos competentes formular observaciones. Sin duda lo más llamativo y alarmante, es la ausencia de cualquier ponderación respecto de normas internacionales que contienen obligaciones expresas impuestas a Chile, incurriendo prácticamente en la completa indiferencia sobre estas reglas, no sometiéndola ni siquiera a un mínimo análisis. La tendencia suele reiterarse de un modo más profundo, llegando al punto de negar la obligatoriedad de los tratados ambientales, sólo por mera adhesión al argumento del titular del proyecto, que por razonamiento propio e independiente⁴⁵. Finalmente podemos afirmar una debilitación transversal de las disposiciones contenidas en los acuerdos ambientales por una evidente pasividad de la autoridad ambiental para no ahondar en el sentido y espíritu de las normas, restándole obligatoriedad y prácticamente omitiendo su aplicación en el proceso de evaluación.

El agravante de esta falta de revestimiento práctico de la norma, es que su fuerza obligatoria se vuelve prácticamente nula en la misma sede administrativa, y su efecto trasciende posteriormente, ante la nula tentativa del reclamante en invocar las mismas normas en sede jurisdiccional. En efecto, hay una cierta tendencia reiterada en los fallos en la cual, ante la pretensión que se deje sin efecto la RCA, el sujeto activo no persiste en fundar su petición en las normas contenidas en los tratados ambientales que con total convicción invocó en sede administrativa, prefiriendo fundar su acción únicamente con lo dispuesto en el derecho interno.

Con esta breve descripción hemos establecido los síntomas de la ineficacia, falta de aplicación, desestimación y expresa desvalorización de los instrumentos internacionales; lo que en la proyección temporal se vislumbra como el riesgo de una situación real de un eventual desuso de varias normas. Lo razonable en ese sentido es comenzar a indagar ciertas causas que se vislumbran en distintos contextos y que inciden de manera neurálgica en la posición y actitud del juez y de la autoridad ambiental cuando entran en el razonamiento jurídico sobre estas disposiciones.

⁴⁵ Ver comentarios sobre RCA “**Alto Maipo**” contenidos en el Capítulo III.

B.2.) Asistematicidad: Causas en el ordenamiento interno y transfronterizo.

Debemos plantearnos, cual es la razón que hay detrás de la débil trascendencia de los compromisos adquiridos por Chile, en la suscripción de los instrumentos ambientales, que se manifiesta en las prácticas ya mencionadas por parte de los Tribunales de alzada, o incluso la alarmante indiferencia por parte de la autoridad administrativa. En nuestro concepto, el desequilibrio se produce por una aparente falta de integración de normas y principios promovida por la poca cercanía de los entes decidores con el contenido esencial depositado en el sentido de la norma. Así el conjunto de reglas existe pero se desestima su obligatoriedad por ausencia de un contenido que les otorgue dicha fuerza, resultando en la asistematicidad manifestada en los ejemplos anteriormente descritos.

Corresponde una breve apreciación conceptual. La Real Academia de la Lengua Española define como un sistema “*el conjunto conformado por dos elementos fundamentales: reglas y principios*”. Corresponde en ese sentido, ser absolutamente categóricos al afirmar que no hay sistema jurídico en el mundo moderno, que no se encuentre fundado a lo menos en estos dos importantes elementos. En dichos términos la carencia de uno de los elementos, configura la asistematicidad. Así, si un ordenamiento jurídico carece de principios sin traducirlos en normas, el principio carece de fuerza obligatoria; al contrario, si el ordenamiento reúne las reglas pero no maneja los principios, la regla carece de sentido y contenido que la haga eficaz en la realidad⁴⁶.

La problemática de ineficacia en tratados ambientales por sistematicidad de contenido, desemboca en la débil labor de los entes que aplican el derecho para integrar dichas normas, de forma armónica junto al resto de las disposiciones de derecho interno en orden a valorizarlas como siendo efectivamente ley de la república. Lo mas lógico que suele darse en ámbitos de decisiones fundadas en reglas, ya sea por un procedimiento administrativo o jurisdiccional, es que las leyes pertinentes al

⁴⁶ RUIZ, Ramón; “La Distinción entre Reglas y Principios y sus implicancias en la aplicación del Derecho”, pp 12-13, <http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf> (consulta: 14 de Marzo de 2012).

caso sean invocadas por quien alega y posteriormente analizadas y valoradas por la jurisprudencia jurisdiccional y administrativa, con el fin de calificar si la regla es aplicable, o bien desestimarla por no ser necesariamente aplicable al caso. Pero la ausencia de contenido en el acervo del juez o de la autoridad ambiental, es la que priva a estas normas de suficiente ponderación, que no las ha hecho incluso merecedoras de mención en la decisión.

Ahora bien el problema no obedece a un mero conocimiento teórico o técnico de la legislación ambiental, no nos podemos quedar únicamente en el argumento de la mera falta de especialización como único antecedente de la ineficacia, ya que analizando el problema, podemos obviar esa aparente falencia para identificar un gran número de causas que si inciden directamente en el comportamiento de los jueces. Conviene para ello examinar alguna de ella que inciden en la asistematicidad, que merecen ser mencionadas y que de algún modo tienen gran incidencia en la labor de los entes decidores:

a) Primacía del principio de la soberanía de los Estados.

Es una realidad manifiesta, que en la mayoría de los sistemas jurídicos de América Latina, el principio de la soberanía sigue primando con gran fuerza, y a la vez mira con resquemor cualquier tipo de regulación que afecte la autonomía de los Estados. Dentro del plano del derecho interno, el principio se manifiesta por la facultad que tienen los órganos del Estado para crear sus propias leyes, considerando eso sí las limitaciones impuestas por los derechos fundamentales, mientras que a nivel internacional se manifiesta en asegurar la independencia de los Estados.

Ese resquemor a la regulación transfronteriza obtiene gran parte de su influjo en la consagración del principio de soberanía, cuya influencia se manifiesta no sólo momento de suscribir algún acuerdo de diversa índole que pueda afectar el libre desempeño de la actividad estatal, sino que incluso extiende su fuerza necesaria en un ámbito posterior a la entrada en vigencia del instrumento para así poner en jaque la suficiente eficacia de un acuerdo ya suscrito. Bajo ese análisis el principio de soberanía

puede contener un resabio negativo cuando habiéndose aprobado y ratificado un instrumento internacional, este no se aplique en la práctica por una predisposición de los órganos del Estado, administrativos o jurisdiccionales, que se encargan de decidir cuestiones sometidas a su conocimiento a, en cuanto a preferir la norma internacional por no considerar la misma fuerza obligatoriedad comparada con una norma de derecho interno que, por cierto, es el producto de la independencia del Estado.

. A razón del mismo cuidado que tienen los Estados de no afectar en demasía su soberanía⁴⁷, no existe en el ámbito de la justicia internacional una “instancia” por la cual se someta a conocimiento de un órgano internacional, la desestimación de las normas internacionales por parte de los tribunales de alzada y la autoridad ambiental, dentro de los procesos contradictorios y administrativos de orden interno. Insinuar lo anterior generaría la respuesta de la mayor parte de la doctrina, que invocando la soberanía calificando tal propuesta como “*atentatoria*” a la libertad del Estado por pretender el sometimiento del ordenamiento jurídico interno a una jurisdicción o “tercera instancia transfronteriza”.

b) Deficiente técnica legislativa en la elaboración de tratados ambientales.

Nuestro ordenamiento jurídico, ha suscrito e incorporado una serie de instrumentos que regulan diversas materias medioambientales. Un gran número de ellos corresponde a acuerdos multilaterales que establecen compromisos de los Estados de cooperación, como también de modificación de sus respectivas legislaciones. Varios de estos tratados son producto de conferencias internacionales en las que se discuten la problemática ambiental contingente señalando la necesidad del compromiso de los Estados a través de obligaciones jurídicas.

Sin embargo para tan trascendental y necesaria regulación, el resultado manifestado en los instrumentos internacionales se vuelve abstracto. En efecto no queda suficientemente claro bajo que prisma una norma configurada más bien como

⁴⁷ Mas allá de las limitaciones ya impuestas por los derechos fundamentales y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

una mera declaración de principios es capaz de engendrar obligaciones a los Estados, a los particulares de este, y menos aún a órganos encargados de resolver cuestiones sometidas a su conocimiento para lo cual entran en absoluta contingencia dichas normas.

En la práctica los tribunales han hecho efectiva esa falencia, desestimando por completo la aplicabilidad de los tratados internacionales por considerarlos nada más que “meros consejos”.

c) Valor indeterminado de los tratados ambientales en relación a las normas de derecho interno⁴⁸.

Tal como señalamos en el capítulo anterior, el valor de los tratados internacionales se desprende de la interpretación del Artículo 5° de la Constitución Política de 1980, otorgándose el valor de ley general de la república. Pero como interpretación doctrinaria, siempre estará supeditada a la aceptación mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia mientras no exista una norma de cierre que zanje la discusión. Por lo mismo, dicha afirmación no ha bastado para evitar que en ciertos casos, la jurisprudencia ponga en duda la obligatoriedad de los tratados, e incluso si tienen el mismo valor de una ley. Claramente la ausencia de norma expresa que resuelva el valor de los tratados, e incluso un orden de jerarquía en la aplicación de leyes y tratados, crean un vacío que trasciende en incertidumbre y falta de certeza jurídica.

En derecho comparado hay legislaciones que se encargan de zanjar este dilema, por disposición expresa de sus respectivas cartas fundamentales. El caso ejemplar es el de la “cláusula de supremacía”⁴⁹ contenida en el Artículo VI de la Constitución de Estados Unidos, que otorga a los tratados celebrados bajo la autoridad

⁴⁸ FUENTES, Ximena; “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja desapareja”. <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf> (consulta: 14 de Marzo de 2012)

⁴⁹ “Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella; y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país; y los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos, sin consideración de ninguna cosa en contrario en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”. Artículo VI, inciso 2° de la Constitución de los Estados Unidos de América.

de la nación, el valor de “Ley Suprema”, consagrando además la expresa sujeción y obligatoriedad de los jueces a la observación de lo dispuesto en ellos.

Otro caso en derecho comparado, lo encontramos en la Constitución de la Nación Argentina. La reforma constitucional de 1994 da un paso muy importante en otorgar trascendencia a la ley que proviene del derecho internacional, pues la relevancia que se le otorga a los tratados trasciende más allá de la sola calidad de “limitante” a la soberanía del Estado argentino, mas bien tiene un trasfondo de traspasar la soberanía como principio rector para darle una fuerza a la ley del tratado incluso aún mayor que la simple ley ordinaria de la República⁵⁰.

El caso de la legislación nacional es diametralmente opuesto, la fortaleza normativa del tratado pasa por un consenso entregado por la interpretación doctrinaria o la aceptación jurisprudencial. Pero esas valorizaciones no alcanzan a descansar en una solución objetiva; ni menos de texto. En el derecho comparado, la declaración de la manifestación soberana resuelve el dilema, pero en lo que respecta a nuestro sistema legal, el tema adquiere relevancia si se lo mira en su contexto basado en principio de derecho positivo, como la certeza jurídica y trascendencia de la ley que configuran el paradigma inevitable en el razonamiento del juez. Por tanto la existencia de un mandato expreso, que guíe al decidor en cuanto a que normas se deben ponderar por sobre otras, adquiere relevancia en sistemas basados en la equidad como última herramienta al servicio del juez en último término.

Finaliza este punto con un breve comentario de raigambre político. Ya hemos hecho mención sobre la influencia clara del principio de soberanía, como una manifestación de la independencia de los Estados. Ahora bien en lo que netamente respecta a la política internacional, los Estados ven en la negativa a regularse por medio de una cláusula de cierre, otorgando al tratado un valor igual o similar al de de la ley, el suficiente poder negociador frente a países con mayor poder económico.

⁵⁰ “Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Artículo 75, inciso 22° Constitución Nacional Argentina.

Convergamos que el mantenerse sin un expresa sujeción a los acuerdos internacionales, tal como lo hemos mencionados en los casos norteamericano y argentino; permite a los Estados que no han determinado expresamente el valor de dichos instrumentos en su derecho interno, gozar de mayor libertad para transar su sujeción a una regulación supranacional⁵¹.

d) Excesivo tecnicismo y ausencia de real evaluación en el sistema SEIA.

La ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, es el estatuto jurídico administrativo que establece la institucionalidad ambiental, que regula el funcionamiento de los sistemas de evaluación de impacto ambiental, estableciendo los requisitos necesarios por los cuales los proponentes de un proyecto, que involucra la explotación y degradación de espacios naturales, se sometan al control de la autoridad medioambiental propendiendo así evitar eventuales daños significativos al ecosistema si el proyecto no cumple con requisitos mínimos para su aprobación⁵².

El modelo contemplado en la ley, sitúa a la autoridad ambiental como un mero fiscalizador técnico, reduciendo su actuar en sólo verificar que el proponente cuenta con los permisos sectoriales necesarios para aprobar el proyecto, sin adentrarse en una calificación más profunda. En dicha medida, queda un manto de duda respecto de la real evaluación que los entes administrativos hagan del proyecto. Tal como más adelante analizaremos en una etapa mas casuística, los sistemas de evaluación de impacto ambiental vienen en consagrar el principio preventivo, cuya finalidad es el precaver daños que sean irreparables al espacio natural. Esto es así porque el SEIA, responde a una necesidad de la comunidad internacional plasmada en tratados, como una respuesta a la creciente degradación del ecosistema, requiriendo que cada Estado, en uso de su propia autonomía, desarrolle los procedimientos y estándares

⁵¹ FUENTES, Ximena, Op. Cit Pag 31. La autora plantea que la constitucionalización del derecho internacional oculta un riesgo en la preservación de la distribución del poder. Los Estados medianamente desarrollados prefieren persistir la libertad de contratación como herramienta de negociación con los Estados más desarrollados. Al adquirir compromisos de carácter ambiental, el Estado reforma su propia legislación interna a cambio de mayores ventajas económicas, lo cual no resultaría en caso que dicha obligación ambiental se impusiera vía constitucionalización supraestatal.

⁵² Véase Cap. 1.

necesarios para llevar a cabo, una real calificación de sustentabilidad o peligrosidad de la actividad que se quiere llevar a cabo. Por tanto, la labor de la autoridad ambiental no se agota en la mera fiscalización técnica, ya que considerando el SEIA como un mecanismo de cumplimiento de los compromisos adoptados en los acuerdos internacionales, debe llevarse a cabo una eficaz calificación jurídica conforme a los principios que el derecho internacional incorpora al acervo jurídico fronterizo.

C. SECCIÓN II: PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE Y SU UTILIDAD EN LA EFICACIA DE LOS TRATADOS AMBIENTALES.

C.1. Fundamentos: ¿Por qué principios?

Sin develar una tendencia a la redundancia, reiteremos lo dicho en cuanto a la conceptualización de un sistema como un conjunto conformado por normas positivas y principios. Nuestro sistema jurídico, no se escapa para nada de dicha estructura. El derecho no sólo se concibe como un conjunto de normas, ya que además, se suman a ellas un conjunto de principios generales y específicos dependiendo de la rama que se regule. A estos dos elementos, hay que agregar la costumbre que en ramas como el derecho civil o comercial tienen una importancia diferenciada dentro del sistema, y por supuesto la costumbre internacional que es la base originaria del derecho internacional.

En materia ambiental, tampoco hay variaciones sustanciales que alejen las legislaciones internas ni transfronterizas, a una noción general de lo que es un sistema. El derecho ambiental general, sea interno o internacional está también formado por normas y principios. La labor de los principios es otorgar una fondo o un sentido, una razón de ser, por la cual la norma cobra sustento dentro de un sistema jurídico. La existencia de esta norma a través de los principios, definen su aplicación para determinados casos, siendo el ejercicio de la interpretación el nexo más frecuente por el cual se vinculan las normas con los principios.

En ese sentido, los sujetos que tienen en sus manos el deber de aplicar las reglas contenidas en las leyes y en los tratados internacionales no sólo les corresponde a su haber el mero manejo técnico de estas; deben además imbuirse del sentido de ellas, determinado por la interpretación, siendo para ello herramienta fundamental el uso de los principios, para así tomar directo contacto con el sentido que las mantiene vigentes en la realidad jurídica⁵³. A nuestro entender, una causa por la cual una norma se vuelve ineficaz, no se verifica en tanto la ausencia de principios que la fundamenten, sino por el suficiente manejo del cual los órganos jurisdiccionales y administrativos encargados de resolver un asunto puedan carecer.

En la materia que estamos tratando, al formular como hipótesis la ineficacia de los tratados ambientales, estamos afirmando que los órganos jurisdiccionales y administrativos requieren de herramientas integradoras de normas, que contribuyan a precaver a la asistematicidad de los instrumentos. Dichas herramientas, son los principios que fundan el derecho internacional del medio ambiente y que a nivel de derecho comparado ha sido objeto de análisis y desarrollo. Demás está decir que estos principios provienen precisamente de instrumentos multilaterales aprobados y ratificados por Chile. De dichos principio sólo nos referiremos a aquellos cuyo contenido

Antes de pasar al análisis propiamente tal de estos principios, creemos obligatorio detenernos brevemente en el principio *pacta sunt servanda*. Más allá de todo lo que ya se ha escrito respecto de este principio rector, reiteremos que estamos refiriéndonos a un principio, que en esencia, tiene una relevancia categórica en el ámbito del derecho internacional público. Pero aún así, y más allá de su aparente desvinculación con toda la gama de principios que inspira el derecho ambiental, nuestro concepto indica que los principios medioambientales, que a continuación expondremos, no tienen otra dimensión que la de propender al cumplimiento efectivo de los acuerdos suscritos, los cuales llevan, en su esencia, la exigencia dogmática establecida en la Convención de Viena de 1969, en cuanto a que lo pactado obliga a

⁵³ Nuestra jurisprudencia es bastante abundante en fallos en los cuales el juez debe hacer uso de principios que lo guíen en la interpretación de las normas que las partes han invocado

las partes. Es en este punto, donde debemos integrar ambos estatutos transfronterizos; como una manera de situar en la base de nuestra pretensión, el *pacta sunt servanda* como guía rectora que a su vez, motiva el invocar las directrices medioambientales con el objetivo claro, de reforzar el derecho contenido en los tratados y convertirlos en una norma obligatoria, en este caso, para los jueces y autoridades ambientales.

C.2. Análisis particular de los principios del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

C.2.1.) Principio Precautorio.

Considerado como una de las piedras fundamentales, que se han formulado en el derecho ambiental, este principio ha alcanzado gran aceptación en la comunidad internacional, a fines de la década de los setenta del pasado siglo. El propósito en la formulación de este canon, obedece a la necesidad de los entes reguladores de crear un área de acción *ex ante*, cuya finalidad sea la preservación del medio ambiente ante el eventual riesgo de daños significativos, que hagan más costosa la reparación.

Actualmente son varios los instrumentos internacionales que consagran este principio. En dichos términos, nuestro país suscribió y ratificó la Declaración de Río de Janeiro del año 1992 que en su Principio 15 introduce a nuestro ordenamiento los elementos básicos de esta directriz. El texto reza del siguiente modo:

“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Previo a entregar este principio, como herramientas interpretativas para el juez y la autoridad administrativa, es necesario revisar los aspectos más importantes que se discuten a nivel de doctrina respecto de este. Los principales detractores del principio precautorio, suelen observar la poca claridad y vaguedad, para establecer estándares o grados de intervención preventiva, ya que establece el “área” o “ámbito” de acción de

los entes reguladores, pero no se especifica “qué medidas” son las que deben llevarse a cabo. El principio se volvería abstracto en sí mismo, en cuanto faculta a la autoridad para intervenir antes que la actividad deseada por el proponente se lleve a cabo, pero en ningún caso el principio daría una correcta luz sobre cuales son los grados de intervención ni bajo que estándares este se llevaría a cabo. Al mirar desde ese prisma, se critica este principio otorgándole un carácter sobre-regulatorio, que excedería el ámbito y poder del Estado en desmedro de los particulares, que ven en ello una facultad atentatoria al beneficio que la actividad regulada pueda traer a la sociedad.

En respuesta a ello, es posible afirmar que a la luz de la evolución que a través del tiempo ha tenido el principio precautorio, la doctrina ha ido introduciendo elementos que han hecho adecuaciones de este principio. Nos referiremos brevemente a tres modalidades de este principio.

La primera se resumiría básicamente en que la falta de certeza científica respecto de la peligrosidad de una actividad sobre el medio ambiente, no justifica la inactividad de la autoridad en orden a intervenir, arguyendo un eventual riesgo sobre el ecosistema. El problema que acarrea aceptar dicha tesis, es que el peso de probar la existencia de ese riesgo recae precisamente en la autoridad; y mientras no se haya acreditado, no existe ninguna base que legitime la regulación de la actividad⁵⁴.

La segunda modalidad⁵⁵ de este principio, pretende reforzar aún más el área de acción de la autoridad ambiental, por cuanto la falta de certeza es precisamente la que justifica la intervención. En este paso, el no acreditar el riesgo no debe ser una limitante para que el aparato regulador en materia ambiental, despliegue todo sus mecanismos preventivos. La falta de certeza científica respecto de la peligrosidad de un determinado proyecto, es precisamente la razón que mueve las potestades reguladoras. Sin embargo tanto esta modalidad, como la primera antes señalada caen

⁵⁴ BODANSKY, Daniel y otros; “The Oxford Handbook of International Environmental Law”, Oxford University Press, 1° Ed., 2008. Pag 604.

⁵⁵ BODANSKY, Daniel y otros; Op. Cit, Pág. 605.

en lo abstracto de legitimar las medidas, pero sin señalar que tipo de medidas son las que deben tomarse.

La tercera modalidad⁵⁶ formulada es aquella a la cual adherimos. Esta implica un avance en la evolución hacia un principio precautorio más concreto y efectivo. La diferencia más sustancial respecto de las otras modalidades, es el de obligar al proponente a acreditar la ausencia de riesgo de daño significativo que el proyecto o actividad pueda generar en el ambiente. El efecto jurídico de ello es que se altera la carga de la prueba a favor del ente regulador, debiendo por ello el responsable de introducir agentes que causen riesgo al ambiente, probar por medio de la certeza científica, que el impacto ambiental que se generará no se traducirá en un daño irreversible al ecosistema. El principio se concreta entonces a través de una medida, material y específica: **prohibir la actividad o proyecto, mientras no se acredite a través de la certeza científica, que el riesgo generado por la actividad de este al medio ambiente no desembocará en un impacto ambiental de significativo e irreversible daño.**

Entendido el principio precautorio, corresponde incorporarlo como herramienta al servicio de los órganos de aplicación de normas ambientales. En lo que respecta a sede administrativa, creemos que el ámbito de acción de este principio es bastante claro, y se circunscribe dentro de el cómo la autoridad ambiental resuelva aprobar o no un determinado proyecto sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental. El principio puede lograr plena aplicación si en la evaluación el proponente cumple con un deber de probar el riesgo de impacto. Al respecto la ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, señala que la autoridad respectiva debe calificar el proyecto señalando que este cumple con la normativa ambiental, siendo pertinente en ese caso realizar la evaluación, incorporando criterios ex ante que entrega el principio precautorio. Por aplicación de este principio, la autoridad vendría en rechazar el proyecto si la certeza científica de no provocar un riesgo de daño significativo no ha sido planteada por el proponente. Es obligación de los titulares del proyecto el pasar de

⁵⁶ BODANSKY, Daniel y otros. Op. Cit. Pag 606.

la incertidumbre a la certeza. El ejercicio propuesto, no tiene otro antecedente más que hacer cumplimiento de la legislación incorporada a nuestro ordenamiento por medio de la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

Dentro del mismo ámbito, las reclamaciones administrativas interpuestas derivada de las observaciones que la ciudadanía realiza tienen el mismo ámbito de acción. Una vez aprobado un proyecto, la ciudadanía tiene la legitimación activa suficiente para sostener, vía reclamación ambiental, que el proyecto no es lo suficientemente sustentable, aludiendo que por aplicación de la disposición contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 el proyecto no cumple con asegurar que no habrá un impacto grave.

Cabría afirmar que en sede administrativa, los canales por donde el principio precautorio puede hacerse práctico son bastante idóneos, debido al instante *ex ante* a la ejecución material del proyecto sometido al SEIA y la existencia de varios sujetos (autoridad y ciudadanía), legitimados para exigir que se pruebe el riesgo de daño al medioambiente. Por tanto el principio precautorio tiene en esta instancia un espectro de aplicación frecuente.

En sede jurisdiccional se vislumbra una herramienta de aplicación de la directriz, sin embargo cabe hacer ciertas prevenciones. La pregunta que surge es cómo armonizar una acción constitucional, concebida para velar por la vulneración de los derechos fundamentales basados en la certeza de dicha infracción, con un principio que inspira medidas que previenen acciones “potencialmente riesgosas” sin tener aún la suficiente seguridad de que la vulneración se haga efectiva.

Nuestra Carta Fundamental, establece los requisitos por los cuales procede el Recurso de Protección en materia ambiental por la vulneración de la garantía del Artículo 19 N ° 8 de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, señalando que este procede cuando por *causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio* de la garantía ya señalada. A nuestro entender, un acto administrativo de carácter terminal como lo es la Resolución de

Calificación Ambiental no es un acto proveniente de una autoridad que tenga la particularidad de provocar privación o perturbación del derecho fundamental contemplado en el Artículo 19 N° 8 de nuestra fundamental, en cuanto que se requiere para ello de la ejecución de actos materiales que puedan crear la figura exigida en el numeral ya señalado. Es de aceptación mayoritaria, por parte de la doctrina ambiental, que la dictación de una RCA favorable a un proyecto sólo podría constituir amenaza para el libre ejercicio de las garantías fundamentales relacionadas.

Ahora bien, cabe hacer la siguiente pregunta; ¿existe una real amenaza al libre ejercicio de los derechos fundamentales ligados al medio ambiente, si no se dispone de suficiente certeza científica de grave daño al medio ambiente, por efecto de la ejecución del proyecto aprobado?. No existiendo certeza, sólo existe un riesgo no comprobado de daño, y en ese escenario *prima facie* pareciera que la amenaza no tuviera el suficiente sustento jurídico, como para fundar una acción constitucional de protección.

¿Cómo subsanar esta aparente falta de materialidad?; creemos que la aplicación del principio precautorio viene a establecer un elemento bastante concreto, para otorgarle sustento a la tesis de que la garantía constitucional se vea amenazada. Tal como hemos señalado, la norma internacional establece una obligación de no propender a la introducción de riesgos al medioambiente, cuando no hay certeza respecto de la peligrosidad de la actividad que se ejecute o de los desechos que se descarguen en un determinado ecosistema. Bajo la luz de esta directriz, la herramienta que el juez tiene a su haber para aplicar en su sede el principio precautorio, es la inversión de la carga de probar la ausencia de riesgo. Por ende la amenaza a la garantía fundamental viene definida en términos de no haberse cumplido con la obligación de la baja probabilidad de que el proyecto propuesto lleve consigo el riesgo de grave daño al medioambiente. Bajo ese prisma el juez perfectamente puede dejar sin efecto una resolución de calificación ambiental por carecer de suficiente fundamento como para aprobar el proyecto.

En esta parte, no es para nada redundante reiterar, que contrario a lo que se suele criticar por parte de las posturas opuestas a este principio es que se acredite que no existe daño alguno al medioambiente. El principio precautorio no tiene por fundamento evitar cualquier tipo de daño ambiental por muy mínimo que sea, afirmar ello implica caer en la más absoluta falacia. Debemos por tanto, precisar siempre que el principio precautorio, sólo exige certeza respecto de un cierto tipo de riesgo de daño, y es que este sea grave, significativo e irreparable; es decir, un daño de tal magnitud que el ecosistema sea incapaz de absorber, y que por ello derive en la alteración y degradación del espacio ambiental.

C.2.2) Principio de la Acción Preventiva⁵⁷.

Tiene una cierta relación con el principio precautorio, incluso suelen ser objeto de confusión debido que ambos consagran la intervención anticipada de la autoridad ambiental, con el fin de precaver el daño ambiental. Al referirnos a este principio debemos establecer la diferencia con el principio precautorio y así distinguir los elementos del principio preventivo para poder señalar sus características.

El principio de la acción preventiva (o también “principio preventivo”), surge dentro del marco de la preocupación de la comunidad internacional sobre el impacto de la contaminación en el ecosistema. Esta preocupación se ve reflejada como norma en el texto de la Declaración de Estocolmo de 1972 que en su Principio N° 6 que expone el principio preventivo del siguiente modo:

“Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio ambiente no puede neutralizarlas, para que nos se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas”.

Claramente se marca una gran diferencia entre ambos principios. En primer lugar el principio preventivo es más restringido que el precautorio. Mientras el principio

⁵⁷ HUNTER, David y otros; “International Environmental Law and Policy”, New York Foundation Press, 1° Ed, 2002. Pág 364.

precautorio se encuentra establecido en términos claros y precisos⁵⁸ en los instrumentos que lo consagran, el principio preventivo se extrae del ejercicio interpretativo de una las normas que señala medidas concretas frente a un hecho específico cual es la descarga de sustancias tóxicas en el medio ambiente capaces de generar un daño que el medio ambiente no pueda soportar.

En segundo lugar el principio precautorio se maneja dentro del plano de los riesgos inciertos. Tal como hemos analizado, lo que se busca es llevar a cabo medidas que eviten el daño ambiental aún cuando no exista certeza científica de la significativa peligrosidad de la actividad que se pretende regular. Por su parte, el principio preventivo, basa sus medidas de control con la absoluta certeza de la peligrosidad de la actividad regulada. En efecto, de la interpretación de la norma ya citada se entiende que el objeto de regulación es la descarga de agentes contaminantes que se sabe son peligrosos para el ambiente. Así es como su finalidad máxima es el desarrollo de políticas de acción que elimine o reduzca la contaminación en el ecosistema antes de autorizar la introducción de un nuevo agente contaminante⁵⁹.

Nuestra legislación interna toma las bases de este principio y las consagra estableciendo una serie de medidas establecidas en la ley de Bases Generales del Medio Ambiente, su reglamento y las leyes ambientales sectoriales; siendo uno de los aportes mas importantes en la tarea de prevención el establecimiento de normas de calidad y de emisión que fijan estándares, por los cuales los agentes contaminantes pueden descargar sus desechos. Precisamente en sede administrativa la autoridad cumple el principio preventivo fijando dichos estándares mínimos de contaminación.

Sin perjuicio de entender la importancia práctica del principio preventivo en sede administrativa, creemos que el hecho de cumplir con los estándares no siempre significará que un determinado ecosistema se encuentre libre de riesgo de daño

⁵⁸ Ver definición del principio precautorio ya mencionada.

⁵⁹ Dentro de las medidas que contempla el principio se encuentra la implementación de un sistema Estudios de Impacto Ambiental al cual nos hemos referido en varias oportunidades y que en esta sección trataremos más adelante como otro principio a comentar.

significativo. No debemos olvidar que, aún cumpliendo el estándar se está contaminando el espacio ambiental, por ello se hace necesario que los demás mecanismos que forman parte del Estado velen por el cumplimiento de la ley ambiental contenida en los tratados, y en ese escenario la actividad jurisdiccional adquiere una cierta relevancia. La labor de los jueces en cumplimiento del principio de acción preventiva consistiría en cautelar por la garantía fundamental del Artículo 19 N° 8 de la carta fundamental, prohibiendo la descarga de agentes contaminantes aún cuando se esté cumpliendo con el estándar requerido, si existe una evidencia clara de daño al medio ambiente, por introducción de sustancias peligrosas que puedan crear riesgo de daño irreversible, aún cuando su introducción se haga conforme a un determinado estándar establecido por la autoridad respectiva. Es ahí donde la labor del juez tiene un carácter esencialmente correctivo a través del examen del caso concreto que supera la regulación más abstracta que se hace en sede administrativa.

El juez viene entonces a dar aplicación del principio preventivo cuidando que más allá que se cumpla con la ley, que se cumpla con el objetivo primordial que esta persigue la ley que no es otro que asegurar el derecho fundamental de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

C.2.3.) Principio del Interés Común de la Humanidad⁶⁰.

El principio del interés común de la humanidad se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico por la suscripción del Convención sobre Diversidad Biológica y Cambio Climático de Río de Janeiro de 1992⁶¹; enmarcado en la contingencia de una creciente preocupación por el tema ambiental y en medio de un creciente consenso de que el planeta es un conjunto de interdependencias ecológicas, de la cual surge un verdadero “interés colectivo” de la humanidad respecto del impacto que ciertas actividades pueda provocar en el ambiente, respecto de la preservación de especiales

⁶⁰ HUNTER, David y otros; Op. Cit. Pags 343-345

⁶¹ “Las partes contratantes: Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad”. Preámbulo Convención sobre la Diversidad Biológica y cambio Climático de 1992.

zonas naturales del ecosistema o incluso el resguardo de ciertos recursos ubicados en un determinado territorio perteneciente a un Estado.

El preámbulo de la convención como en su cuerpo principal, plasma la creciente aceptación mayoritaria por considerar los problemas relacionados con la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable como de “preocupación o interés general de la humanidad”. Hay elementos que cabe destacar de este principio. En primer lugar cuando hablamos que los problemas ambientales, que se susciten en el territorio de un Estado, son de interés común de todas las personas hablamos de incorporar a otros Estados vecinos como actores relevantes en la preservación de la diversidad biológica. Por tanto el objetivo es elevar un problema doméstico al ámbito del derecho internacional. En la práctica este principio se ha traducido en la acción coordinada de los Estados en orden a promover programas de acción ambiental tendientes a cuidar el ecosistema y las especies que ahí habitan.

En segundo lugar, hay una clara oposición de este principio con el de la soberanía de los Estados respecto del uso de sus propios recursos. .Al respecto se ha dicho por la Asamblea de las Naciones Unidas que el derecho de los pueblos a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales y riquezas, debe ejercerse en interés del desarrollo y bienestar de los habitantes de un país. Bajo este concepto se ha ido adoptando este principio en distintos acuerdos internacionales⁶². Sin embargo dicha soberanía está sujeta a limitaciones impuestas por el derecho internacional, entre las que destaca el principio de no provocar un daño ambiental y el principio del interés común de la humanidad, que admite la intervención de Estados parte interesados en el resguardo de los recursos explotados por un Estado soberano. Eventualmente este

⁶² Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, 16 de noviembre de 1972, artículo 15, 11; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Ambiental: Convención sobre Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, principios 2; Convenio sobre la Conservación de la Fauna y la Flora en Estado Natural, del 8 de noviembre de 1933, artículo 9(6); Convención Internacional para la Conservación de las Tierras Pantanosas de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convenio de Ramsar), 2 de febrero de 1971, artículo 2(3); Convenio Internacional sobre las Maderas Tropicales, 18 de noviembre de 1983, artículo 1; Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, 22 de marzo de 1989, artículo 12; Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo; Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 9 de mayo de 1992, artículo 14; Convenio de las Naciones Unidas sobre la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 15 de junio de 1992, principios 2.

interés dará pie para una instancia de solución de controversias, sometida al conocimiento de los tribunales internacionales. Surge entonces el interés común de la humanidad, como una norma de carácter internacional a ser invocada como argumento fundante de una demanda internacional.

Ahora bien, ya teniendo claro que este principio promueve la cooperación entre Estados por la preservación de la diversidad biológica, la implementación de medidas y dan pie para una eventual acción de jurisdicción internacional; cabe preguntarse si el principio de interés común de la humanidad extraído de los tratados suscritos, es posible de ser utilizada como una herramienta factible de ser usada en un ámbito de jurisdicción interna. ¿Es posible recurrir de protección en contra de una RCA invocando el principio de “interés común de la humanidad”, o acaso su delimitación conceptual se remite únicamente a un escenario transfronterizo, descartando toda posibilidad de tomarlo como una directriz a considerar, en un ámbito de protección de garantías fundamentales?; para llegar a una respuesta es necesario analizar algunos aspectos de este principio.

La doctrina internacional, suele catalogar el derecho ambiental como un derecho de tercera generación, es decir como parte de aquellos derechos de carácter social y colectivo cuya titularidad pertenece a todas las personas miembros de la especie humana. En tal sentido, el titular de estos derechos es precisamente cualquier sujeto o individuo con un interés serio de exigir su cautela. Por tanto queda determinada la absoluta legitimidad de cualquier individuo a solicitar, como miembro de la especie humana, el resguardo de las garantías fundamentales perjudicadas por la introducción de contaminantes o bien por la aprobación de un proyecto, cuyo impacto ambiental sea abiertamente perjudicial para un determinado espacio natural, aún cuando la afección no lo involucre directamente.

En este punto, cabe hacerse cargo de aspectos más formales sobre la acción de protección ambiental y que dice relación con la legitimación activa. La norma constitucional faculta a cualquier persona *por sí o por cualquiera a su nombre* para impetrar la acción constitucional. Cabe preguntarse si el sujeto activo, al legitimar su

acción fundándola en virtud del interés común de la humanidad estaría actuando a título personal o bien en representación de toda la especie humana. Adherimos por completo a la primera alternativa por cuanto quien recurre lo hace como “miembro” de la especie humana y no a nombre de ésta. El interés de la humanidad incorporado al derecho a la protección del medio ambiente, a su vez consagrado como derecho de tercera generación, tiene la particularidad de depositar la titularidad de las acciones en cada persona, razón por la cual si existe un interés común por parte de una colectividad, buscando el resguardo de sus derechos, cada miembro de esa colectividad cuenta como directamente legitimado para impetrar la acción.

Las primeras críticas que saldrían respecto de dicha afirmación se refieren a una supuesta “*titularidad difusa*” de la acción de protección ambiental por cuanto si no se es el directamente afectado por la acción u omisión que vulnera las garantías fundamentales ligadas a la protección ambiental, no habría legitimidad activa para actuar. No podemos sino rechazar dicho postulado, por cuanto el interés superior de la humanidad como principio de carácter colectivo, la interdependencia de los ecosistemas y la voluntad de los Estados suscriptores de acuerdos internacionales a reconocer los problemas ambientales como ámbitos de preocupación colectiva, en resguardo del ecosistema, terminan por legitimar la titularidad a cualquier persona con un interés claro en evitar un eventual daño irreparable en el ecosistema.

En síntesis, la relevancia de incorporar a todos los seres humanos como “interesados” en el problema ambiental, es el de no distinguir entre nacionales y transnacionales, ampliando los ámbitos de legitimación activa. Esto adquiere mayor relevancia en el derecho ambiental en la cual los principios que se formulan buscan la efectiva participación ciudadana. Dicha prerrogativa debe extenderse al ámbito jurisdiccional, en la cual cada persona miembro de la especie humana, se encuentra facultada para exigir el resguardo de un particular ecosistema amenazado.

C.2.4.) Principio del deber de evaluar el Impacto Ambiental.

Tras la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, el Estado de Chile, a través de una serie de instrumentos internacionales, adoptó el compromiso de crear una institucionalidad ambiental capaz de someter los proyectos que generen impacto ambiental a una evaluación conducente a crear certeza del carácter sostenible de dichos proyectos para el ecosistema. Dicho compromiso queda establecido según lo señalado en el principio N° 17 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992:

“Debe emprenderse una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

Esta disposición viene a ser reiterada con mayores lineamientos en lo dispuesto en el Artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992, el cual reza:

“1. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

a) Establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos y, cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos”.

La importancia de este principio no debe entenderse únicamente como un mandato al Estado suscriptor del tratado, para que este implemente un sistema administrativo meramente técnico, sino que debe establecer sus mecanismos en función del objetivo claro y directo que la norma internacional le encomienda: un mecanismo por el cual órganos del Estado y particulares hagan cumplimiento a la

legislación ambiental establecida en sus propias leyes y en los tratados que han sido ratificados. A esto se le agrega un elemento fundamental que vela por el suficiente resguardo: la intervención de aquel sector de la ciudadanía que pudiera verse afectado por el impacto ambiental que el proyecto pueda generar.

Por esta razón es que *prima facie* este principio sólo tendría asidero en el contexto administrativo, por tener directa relación con los sistemas de evaluación de impacto ambiental implementados a partir de la entrada en vigencia de la ley sobre bases generales del medio ambiente que ya hemos mencionado en el capítulo anterior. Dentro de este contexto la autoridad administrativa tiene el deber de ponderar el riesgo provocado

Esta norma merece un cierto análisis ya que incorpora elementos de fondo que vienen a dar una razón primordial que fundamenta la existencia del SEIA. No es simplemente la adopción de medidas técnicas o la consagración basado en el mero cumplimiento de “requisitos administrativos” o “permisos sectoriales”, sino más bien una instancia en la cual el ente administrativo a conciencia evalúe conforme al mandato que la norma internacional hace, que no es otro que el resguardo por la diversidad biológica que pueda verse afectada por el proyecto. Más aún, se desprende de la norma internacional la importancia de establecer un contrapeso que lleve a cabo una fiscalización plena, siendo la participación ciudadana la instancia idónea.

Cabe hacer la pregunta que nos lleva al siguiente paso; ¿Qué relevancia tiene el principio que obliga a los Estados parte a evaluar los proyectos que provoquen impacto ambiental dentro de la sede jurisdiccional?; al respecto descartamos de plano cualquier intervención del juez dentro del proceso mismo que se lleva a cabo en la sede administrativa mientras no exista disposición que así lo ordene. La discusión se centra en un punto que ha generado suficiente controversia: la facultad de las Cortes de Apelaciones que conociendo de un recurso de protección ambiental, puedan dejar sin efecto una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) dictada en el ámbito de la SEIA. Son varios los argumentos en contra de esta postura los que se han formulado para afirmar que la acción de protección ambiental en contra de una RCA debe

rechazarse. Uno de ellos se refiere a que la acción de protección, no vendría a ser la instancia correspondiente para pretender dejar sin efecto el acto administrativo ya citado. En efecto, se ha dicho en doctrina como en la jurisprudencia de las Cortes, que la naturaleza del asunto implica la necesidad de su conocimiento por medio de un procedimiento de lato conocimiento, en el que sea posible la ponderación de pruebas. No podemos más que rechazar esa afirmación por cuanto pretender llevar la pretensión a una instancia de lato conocimiento implica un procedimiento que en su tiempo y demora no alcanzaría a llegar a una solución oportuna, para prevenir o mitigar la acción riesgosa para el medio ambiente que el titular del proyecto lleve a cabo, tendiendo en dicho modo a la ineficiencia de la solución. Por otro lado no debemos olvidar que la discusión de fondo es la vulneración de garantías fundamentales, siendo por tanto la instancia constitucional la más adecuada para conocer del asunto.

Otro de los argumentos que suelen aducirse, es la no procedencia del recurso de protección debido a que este exige un actuar ilegal por parte de la autoridad o persona determinada, y en la especie no se incurre en ilegalidad puesto que el proyecto ha sido aprobado por la autoridad administrativa competente, cumpliendo con la legislación ambiental, no existiendo por ende en ningún caso un actuar ilegal que se reclame como posible causa de vulneración de derechos fundamentales. Creemos que el mero cumplimiento de requisitos técnicos sin un análisis de fondo de acuerdo con los principios que fundamentan el sentido de la ley, es insuficiente si lo que se quiere calificar la aprobación del proyecto como estrictamente “legal”. Establecer esa afirmación de manera categórica sería caer en la más absurda ingenuidad jurídica⁶³.

⁶³Al respecto, véase sentencia Corte Suprema sobre el caso “Central Castilla” contenida en el Anexo A de esta investigación.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE CASOS⁶⁴

A. Consideraciones previas.

La investigación que configura el propósito de este documento, tal como fuera previsto al momento de diseñar los términos de su desarrollo, era susceptible de una serie de obstáculos técnicos y metodológicos, tales como el acceso a las bases de datos de jurisprudencia administrativa del SEIA y judicial de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, la carencia de los textos originales de las acciones que motivan los fallos respectivos (con la finalidad de conocer el Derecho invocado por las partes), entre otros. Sin embargo, estos escollos no necesariamente impiden la realización de la investigación o la verificación de la hipótesis principal de este estudio (o, según sea el caso, su refutación, para efectos de lo que se persigue con la aplicación de un método científico), si no más bien permiten dirigir los esfuerzos a refrendar científicamente la idea de que no hay una debida sistematicidad en la aplicación de normas de Derecho Internacional del Medio Ambiente en las instituciones de derecho interno legalmente llamadas a hacerlo.

En este sentido, es importante incluir en estas consideraciones previas la noción en la que queremos basar el resultado de nuestra investigación: la *aplicación sistemática de normas* o indistintamente, *sistematicidad*. Entendemos por “sistema” aquel “*Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí*”, según la acepción primera del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁶⁵. Siguiendo este significado entonces, lo que es “sistemático” es aquello que se ajusta o sigue un sistema. La aplicación sistemática de normas, ya sea en sede administrativa o judicial, es la práctica constante y reconocidamente obligatoria (esto planteado en directa oposición a aquellas prácticas que son meramente voluntarias por parte de la autoridad) de utilizar normas pertinentes al caso examinado en la esfera de sus atribuciones, en cumplimiento de las obligaciones que el sistema jurídico le impone

⁶⁴ Todos los fallos judiciales analizados en este capítulo se encuentran disponibles a texto completo en el Anexo B de esta memoria.

⁶⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

a través las Bases de Administración de la Justicia y las Bases Generales de la Administración del Estado, a jueces y administradores respectivamente. Esto tiene a su vez, dos aspectos destacables: por un lado el derecho de forma, el cual no es otra cosa que las normas orgánicas que, a grandes rasgos, regulan la investidura de las autoridades competentes y las procesales que regulan la manera en como se lleva a cabo el proceso que desembocará en la resolución de dicha autoridad. El segundo aspecto es el derecho de fondo, que es aquel en el que realmente toma importancia la cuestión de la sistematicidad, en tanto a que resulta una actividad en extremo complicada para el juez por la abundancia de normas que existen y por sus propias limitaciones humanas para acceder a ellas, aun la ley presume su conocimiento de todo el sistema jurídico. Nosotros, siendo bastante más realistas, creemos que esa presunción en la práctica es inviable lo cual desemboca en la aplicación redundante de cierto número de normas de uso general y de acceso fácil, en directo detrimento de la aplicación de otras normas que podrían llegar a soluciones más cercanas a la justicia o, simplemente, cumplir con su obligación legal.

De acuerdo a esto último, una aplicación sistemática de las normas que concitan esta investigación, es aquella que se lleva a cabo con el conocimiento de su obligatoriedad y su contenido como un parámetro preferente de solución a los casos sometidos al conocimiento de la autoridad judicial y administrativa o, en su defecto, como directriz interpretativa de normas de derecho que versan con especificidad sobre un mismo tema.

Por último, y con el objeto de no realizar ulteriores aclaraciones al respecto, es necesario contemplar en estas consideraciones previas un breve análisis sobre la naturaleza jurídica de la Resolución de Calificación Ambiental, que es el acto administrativo que utilizaremos (y que hemos venido denominándolo) como jurisprudencia administrativa del SEIA. La Resolución de Calificación Ambiental (en lo consecutivo, indistintamente RCA) es un Acto Administrativo Resolutorio o Terminal, en el sentido de que los demás actos del proceso “*se refunden en la resolución que pone fin al procedimiento*”⁶⁶. Esto tiene una doble implicancia: en primer lugar, los actos de trámite no tienen vida jurídica propia, significando esto que, por ejemplo, no son

⁶⁶ Carmona Santander, Carlos, “Las formas de actuación de la administración: 1. El acto administrativo”, Apuntes de cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2005, página 50

susceptibles de impugnación, por regla general⁶⁷. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los actos terminales hacen propio todo lo obrado en actos de trámite y deben “*ser congruentes con las peticiones hechas valer y poseer un contenido mínimo.*”⁶⁸.

B. El caso de más recurrente aplicación: La Convención de Washington⁶⁹

La Convención Internacional para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, conocida como Convención de Washington, es ley interna de Chile en los términos establecidos en la Constitución Política de la República desde su ratificación por Decreto Supremo N° 531 del 23 de agosto de 1967 del Ministerio de Relaciones Exteriores⁷⁰. Esta norma establece obligaciones para el Estado de Chile y, en obvia consecuencia, para los órganos que ejercen la administración del Estado, respecto del manejo de sus áreas protegidas. Es destacable que en esta convención se definen los importantes conceptos de “parque nacional”, “reserva nacional” y “monumento natural”, entre otros. Su finalidad está definida en el preámbulo señalando que es “*proteger y conservar en su medio ambiente natural, ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y su fauna indígenas, incluyendo las aves migratorias, en un número suficiente y en regiones lo bastante vastas para evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre*”⁷¹. En este sentido, debido a su antigüedad (es uno de los instrumentos de Derecho Internacional del Medio Ambiente más antiguos ratificados por Chile⁷²), históricamente ha servido de marco general en el establecimiento, regulación, y destinación de las áreas protegidas en nuestro país.

⁶⁷ “La ley establece que los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando, por una parte, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o, por otra, produzcan indefensión”. Carmona Santander, Carlos, op. cit, página 50

⁶⁸ Carmona Santander, Carlos, op. Cit., página 51

⁶⁹ Convención Para La Protección De La Flora, Fauna, Y Bellezas Escénicas Naturales De Los Países De América.

⁷⁰ Contraloría General de la República, Recopilación de Leyes, Tomo 53, página 1059.

⁷¹ Preámbulo de la Convención para la Protección de la Flora y la Fauna y Bellezas Escénicas de los Países de América

⁷² La Convención de Washington tiene como fecha de ratificación el año 1940 y, salvo dos tratados posteriores a este, el gran auge de los tratados ambientales sucedió en la década de 1970.

Otro punto a rescatar sobre esta Convención es que, a diferencia de otras, es la piedra angular de la materia que regula, siendo la normativa interna dictada sobre ella tanto posterior a como a propósito de la Convención en estudio. Son escasos los instrumentos internacionales que siguen esta suerte⁷³, siendo la mayoría de ellos ratificados con la existencia previa de normativa interna (ya sea a nivel legal como constitucional con la dictación de la Constitución de 1980 y la novedosa introducción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en su artículo 19, N°8), razón por la cual en la práctica y, ante la preferencia a la aplicación del derecho interno, han quedado en letra muerta.

B.1.) Jurisprudencia Judicial.

Como adelantamos, la Convención de Washington es el instrumento internacional en materia de medio ambiente más utilizado en la jurisprudencia judicial. Ha tenido un asidero importante en materia de recursos de protección ambiental que, si bien no nos puede demostrar por sí solo una sistematicidad en su aplicación, sí denota la relevancia que tiene a la hora de figurar como un fundamento crucial a la hora de dar una aplicación correcta, justa y con arreglo a derecho a otras normas de derecho interno que tratan sobre la misma materia. Los fallos que analizaremos a continuación son precisamente sentencias de recursos de protección ambiental acogidos por las cortes y, a su vez, los que más pertinencia tienen en relación a nuestra investigación, sin perjuicio de que no son los únicos en que esta Convención ha sido citada en la parte considerativa y resolutive del fallo.

a) “Humberto Palza Carvacho y otros contra Dirección de Riego”

El recurso buscaba obtener la paralización de las obras para extraer agua del lago Chungará y su posible aplicación para riego en un sector del Valle de Azapa. Entre los considerandos del fallo de la Corte Suprema se enfatiza que son válidos

⁷³ La preocupación por el desarrollo de la legislación ambiental solo ocurre con posterioridad a la Constitución Política de la República de 1980, por lo que la mayoría de los tratados ambientales en Chile han sido ratificados en existencia de normativa ambiental interna vigente, aún si solo se tratare del artículo 19 N° 8 de dicha norma fundamental.

como leyes de la República las convenciones de Washington y la de Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (en donde se incorporan las Reservas de la Biosfera, calidad que tiene el lago Chungará), la dictación de la Ley del SNASPE⁷⁴. Reproducimos a continuación el considerando en que se plantea más claramente lo antedicho:

“13) Que, en efecto, se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta convención y por tanto la ley chilena, hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos, entre los que se encuentran los parques nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los parques nacionales no podrán explotarse con fines comerciales (misma Convención).

En este caso, es cierto, la instalación de una estación de bombeo y la extracción que se ha hecho y que se propone continuar, no tienen por fin primordial una explotación comercial, pues su finalidad es proveer de más agua a la agricultura de Azapa (fojas 22 y 23) y de más agua a la central hidroeléctrica de Chapiquiña, pero es evidente, también, que ello se traducirá en una fuente de entradas fiscales, como se expresa en el artículo de prensa que se compulsó a fojas 56”

Aún más interesante que la simple aceptación de la Convención de Washington como ley de la República, lo cual pudiera incluso resultar de perogrullo, es que este fallo, que acoge el recurso aducido, pone al juez en el lugar de un representante de la fe internacional del Estado de Chile, por lo que considera necesario y obligatorio dar cumplimiento a la Convención en comento. Como veremos más adelante en relación al caso de jurisprudencia administrativa referente al caso Alto Maipo, mientras en dicha

⁷⁴ Montenegro, Sergio y otros, “Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile”, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Comisión Nacional del Medio Ambiente, primera edición, año 2001, pág. 265

sede se discute e incluso se acepta el argumento de la carencia de autoejecutabilidad de la Convención (y lo que probablemente contamina la aplicación de otros instrumentos internacionales que, a la postre, siguen la misma suerte), acá tenemos una clara intención de aplicar directamente la Convención, unida al reconocimiento de que las obligaciones que de ella emanan son ampliamente vinculantes. A continuación reproducimos el párrafo pertinente:

“16) Que todo lo anterior –la existencia de los convenios internacionales aludidos, en los que se ha acordado proteger la naturaleza y no destruirla, preservar la fauna y flora silvestre de interés nacional o mundial, y la inclusión del lago Chungará en un parque nacional y en el listado de la UNESCO como reserva mundial de la biosfera, Convenciones y Acuerdos que requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional y, por otro lado, la existencia de nuestra propia legislación, que contiene incluso preceptos constitucionales que ordenan al Estado el deber de velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza– y los estudios y antecedentes agregados a la causa, estaban y 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 el 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”.

b) "Comunidad Galletué con Estado de Chile":

El problema se presentó a raíz de que esta Comunidad pretendió enajenar un predio en donde existían varias especies de *Araucaria araucana*, declarada Monumento Natural por D.S. 29 del Ministerio de Agricultura, de 26 de abril de 1976, y se demandó

al Estado solicitando una indemnización por el hecho de que esta calidad de que goza la araucaria impedía su enajenación y posterior explotación. En aplicación de la Convención en análisis se falló en el sentido de que no procede indemnización alguna y que nada impide que se pueda vender la propiedad, pero manteniendo las araucarias su condición de monumentos naturales, y por ello, inviolables.

La primera instancia de este recurso de protección se caracterizó por reconocer la vigencia de la Convención, pero a la vez le otorgaba un valor de mera recomendación al Estado de Chile. Sin embargo, el tribunal de casación introdujo argumentos que controvierten ese valor asignado, dándole una fuerza más vinculante al instrumento en comento. A continuación reproducimos uno de los considerandos que resulta más interesante en este sentido:

“6º) Que es evidente, entonces, que los falladores no dieron su verdadero alcance a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y a la flora, que no constituye una mera recomendación para que los gobiernos americanos adopten medidas de protección, sino que respecto de nuestro país es una ley que autoriza tomar tales medidas; ni tampoco se lo dieron al Decreto Supremo No 29 de 1976, que no es una mera resolución administrativa que discurre sobre materias propias de ley, sino un decreto supremo que pone en ejecución y que aplica esa ley sobre Protección a la fauna y flora, en relación con una especie determinada, la araucaria araucana, que, al declararla monumento natural, extiende sobre ella una protección total y absoluta, aceptada por esa ley.”

No obstante, el fallo de esta casación no da aplicación a la Convención en la parte resolutive, no por desconocer su carácter de ley de la República y, por ende, su obligatoriedad previamente establecida de forma definitiva en el considerando sexto, antes citado. La no aplicación se debe a la aplicación del elemento sistemático en la interpretación judicial, en el sentido que aún existiendo una ley que autoriza al Estado de Chile a impetrar medidas conservativas de las especies protegidas, entre las cuales perfectamente puede estar la prohibición de explotar los predios en que habitan, no significa una eximente de responsabilidad del Estado:

“13º) c) el alcance distinto dado a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y flora de los países americanos y sus bellezas escénicas, a la que se le reconoce el carácter de ley, no tiene trascendencia en la decisión por cuanto, como se

ha demostrado, la ley puede ser también fuente de responsabilidad del Estado si dispone o si permite tomar medidas que lesionen o perjudiquen las garantías o derechos fundamentales que la Constitución asegura; y d) el Decreto Supremo No 29 es válido y propio para declarar monumento natural a la especie araucaria araucana porque se basa en la ley, pero es igualmente intrascendente que la sentencia le niegue esa aptitud, ya que ello no obsta a la responsabilidad del Estado cuando, como sucede en la especie, se lesionan con la medida los intereses patrimoniales de los titulares del derecho de dominio que la Constitución protege y asegura”.

B.2.) Jurisprudencia Administrativa.

a) Resolución de Calificación Ambiental “Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar – Correntoso”.

El proyecto “Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar - Correntoso”, cuyo titular proponente es la empresa Hidroaustral S.A., consiste en la construcción y operación de una central de generación eléctrica con una potencia total de 13 MW. Originalmente el EIA contemplaba la construcción de dos mini centrales, pero mediante el Adenda 1 se redujo a una. El EIA contempla que la central hidroeléctrica de pasada se integre por los siguientes componentes: dos Bocatomas, tuberías de conducción del agua a la central, casa de máquinas de la central, canal de descarga y tendido eléctrico desde la casa de máquinas a una subestación de conexión (la subestación no está incluida dentro del proyecto).

El proyecto en cuestión se encuentra emplazado en la Región de Los Lagos, en la Provincia de Osorno, Comuna de Puyehue, específicamente en la localidad de las Parras - Santa Elvira. A su vez, las bocatomas y parte de las tuberías que conducen el agua se emplazarían dentro del Parque Nacional Puyehue (en los ríos Correntoso y Pulelfu), creado por D.S. N° 374 de 1941.

El conflicto en que este proyecto entra con la Convención de Washington, es que comprende las instalación de dos bocatomas al interior del Parque Nacional Puyehue, que tienen por fin acopiar agua para generar electricidad, con la finalidad

comercial de la distribución de energía eléctrica. El recurso utilizado para este fin comercial no es otro que el agua obtenida desde el interior del Parque, desde los ríos que alimentan el sistema hídrico y vegetal de este. A saber, el Artículo III de esta Convención establece lo siguiente:

“Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales”.

En el expediente en que se funda la Resolución de Calificación Ambiental en comento, CONAF, la institución encargada de la administración del Sistema Nacional de Áreas Silvestres y Protegidas del Estado (en adelante SNASPE), manifestó insistentemente, en los Oficios emitidos durante el SEIA, su inconformidad con el proyecto y, por ende, denegó el permiso ambiental sectorial 102 a la titular, principalmente por consideraciones de derecho. En lo que nos compete, cabe señalar que uno de los fundamentos de su rechazo se basa en el Artículo III de la Convención de Washington, anteriormente transcrito, en el sentido de que “sin duda el proyecto de construcción de las centrales hidroeléctricas, en lo que corresponde a bocatomas y tuberías de conducción del agua, al interior del Parque Nacional Puyehue, tienen una finalidad económica y comercial, lo que infringe esta convención internacional.”⁷⁵ También ahonda en la infracción que el proyecto significa a la convención señalando que “la construcción de dichas obras, es también contrario a otras estipulaciones de la misma Convención, señaladas en los Artículos N° 1 y N° 5, relativos a la protección del territorio, paisajes, flora y fauna, aguas, entre otros recursos, y a la obligación asumida por el país de establecer *y aplicar regulaciones destinadas a asegurar la protección de éstos, lo que es una obligación en el Parque Nacional Puyehue, para mantener su condición natural.*”⁷⁶

⁷⁵ Oficio No 188 del Director (s) de CONAF, X Región de los Lagos, Carlos Ritter Lillo, que se pronuncia sobre Informe Consolidado de Evaluación Ambiental del proyecto "Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar - Correntoso", Puerto Montt, 19 de Junio de 2008.

⁷⁶ Oficio No 929 del Director (s) de CONAF, X Región de los Lagos, Carlos Ritter Lillo, que Se pronuncia sobre el Estudio de Impacto Ambiental "Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar - Correntoso", Puerto Montt, 3 de septiembre de 2007.

La Resolución de Calificación ambiental, dictada por COREMA, no pondera de la forma debida las observaciones de CONAF y más aún, pasa por alto la competencia que dicho corporación aduce tener, en consecuencia, otorgando el permiso sectorial 102 y calificando el proyecto de forma positiva. Lo que es aún más llamativo es que pasa por alto las consideraciones de Derecho debidamente fundamentadas por CONAF, entre las cuales se destaca la presunta infracción a la Convención de Washington en los términos ya expuestos. Para esa decisión, sin embargo, señala como única y escueta explicación, lo que sigue:

“COREMA, en uso de sus facultades, otorga en Permiso N° 102, y acuerda que en vista de los errores, y falta de información al respecto, se condiciona a cumplir las exigencias expuestas en esta Resolución [...]”⁷⁷.

Lo lógico sería que, a raíz de la duda razonable que surge sobre si es competente COREMA o CONAF para otorgar el permiso correspondiente, se procediera a justificar con razones de derecho las facultades que COREMA dice tener, o al menos citar el artículo o norma en que se encuentran. Si esto hubiese sido así, posiblemente el fundamento jurídico que COREMA pretendía formular (decimos pretendía porque el fundamento jurídico no se encuentra en la resolución estudiada) era el contenido por el inciso 1° del artículo 67 del Reglamento del SEIA⁷⁸, que señala que cuando el contenido de un permiso es exclusivamente ambiental, la RCA puede otorgarlo con condiciones. Sin embargo, en su interpretación se olvida de la existencia del inciso 2° del mismo artículo que señala que cuando existen razones jurídicas (lo señala ampliamente en la expresión “*contenidos no ambientales*”) el servicio competente puede negar la autorización correspondiente, en este caso, CONAF.

b) Resolución de Calificación Ambiental “Alto Maipo”

⁷⁷ COMISIÓN REGIONAL DEL MEDIO AMBIENTE DE LA X REGIÓN DE LOS LAGOS, Resolución Exenta 380 de 3 de Julio de 2008, que califica Ambientalmente el proyecto "Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar - Correntoso "

⁷⁸ “*Tratándose de permisos cuyo contenido sea únicamente ambiental, la resolución de calificación ambiental favorable dispondrá su otorgamiento por parte de los organismos del Estado competentes, bajo las condiciones o cargas que en ella misma se expresen. Para estos efectos, bastará que el titular de l proyecto o actividad exhiba la resolución de calificación ambiental como requisito suficiente para que el organismo competente entregue el permiso sin más trámite*” Artículo 67, inciso 1° Reglamento SEIA.

Con fecha 29 de mayo la empresa AES Gener ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Alto Maipo (indistintamente PHAM), proyecto de generación Hidroeléctrica en la cuenca del río Maipo, principal afluente de la región Metropolitana y fuente de recurso hídrico de Santiago. Consiste en un complejo hidroeléctrico compuesto por 2 centrales de pasada dispuestas en serie hidráulica: la Central Alfalfal II y la Central Las Lajas. Las obras se desarrollan casi en su totalidad en forma subterránea mediante túneles en presión y casas de máquinas en caverna y una red de aducciones en su mayoría también subterráneas.

El proyecto se emplazará al sur-sureste de la ciudad de Santiago, en la comuna de San José de Maipo, Provincia Cordillera, Región Metropolitana de Santiago. Según ha declarado Gener S.A., el PHAM tendrá una potencia instalada de 531 MW y generará en promedio 2350 Gwh anuales, que serán entregados al Sistema Interconectado Central (SIC) mediante una línea de transmisión (obra no contemplada en el EIA).

La Resolución Exenta N° 256 de 30 de Marzo de 2009, que calificó favorablemente el Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo, adolece de una serie de irregularidades que fueron hechas presentes por las organizaciones e individuos que intervinieron en la instancia de participación ciudadana del proceso de calificación ambiental. Por esta razón fueron presentados recursos de reclamación para que fuera la propia CONAMA quien corrigiera estos defectos, sin embargo, con su Resolución Exenta N° 82/2010 de 28 de enero de 2010, la decisión principal quedó inmutable.

En lo que atañe a la Convención en comento, fue observado durante el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental que el proyecto interviene las formaciones geológicas e hidrogeológicas del Monumento Nacional el Morado, el Glaciar y la Laguna San Francisco, los cuales están protegidos por el Decreto Supremo 531/67 y la Ley 18.362 del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas y la Convención de Washington. Sin embargo la autoridad responsable de su protección legal, CONAF, aunque realizó observaciones en el SEIA respecto de los impactos sobre estos sitios

(Adendas I, II y III)⁷⁹, no pudo ejercer dicha protección por abandono de funciones de los servicios públicos encargados de los glaciares (DGA) y geología (SERNAGEOMIN) que no observaron los impactos sobre glaciares y la hidrogeología.

El argumento de CONAF para rechazar este proyecto es análogo a aquellos realizados en el marco del proyecto anteriormente analizado en este documento, esto es, la infracción a la prohibición del Artículo III.

Estos reparos fueron hechos por CONAF desde la primera presentación del proyecto, manteniéndose a lo largo del tiempo. Sin embargo, el 13 de Marzo de 2009, mediante el oficio ORD 63, aprueba el permiso sectorial ambiental, explicando que el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 20.283 la autoriza para ello. Dicha inciso dice lo siguiente:

"... excepcionalmente, podrá intervenir o alterarse el hábitat de los individuos de dichas especies, previa autorización de la Corporación, la que se otorgará por resolución fundada, siempre que tales intervenciones no amenacen la continuidad de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella, que sean imprescindibles y que tengan por objeto la realización de investigaciones científicas, fines sanitarios o estén destinadas a la ejecución de obras o al desarrollo de las actividades señaladas en el inciso cuarto del artículo 721, siempre que tales obras o actividades sean de interés nacional".

En segundo lugar, la respuesta que emite la titular del proyecto a las observaciones ciudadanas y de CONAF en relación a la infracción de las normas de la Convención de Washington, es bastante novedosa e interesante de ser destacada. Plantea que dicha Convención impone obligaciones exclusivamente exigibles para el Estado de Chile y no para los particulares, ya que no es autoejecutable. Sobre este punto, la RCA como el acto administrativo terminal, al no controvertir dicho argumento y aprobar el proyecto sin observaciones en lo que respecta a la legalidad del proyecto en relación a las normas de la Convención, lo hace suyo y, por ende, lo respalda con la

⁷⁹ Estas observaciones fueron realizadas en los oficios ORD. 141 de 8 de julio de 2008, ORD. 106 de 12 de diciembre de 2008 y ORD 41 de 13 de febrero de 2009.

dictación de una resolución favorable. A nuestro juicio esta interpretación es errónea por parte de la titular, pero más aún es derechamente ilegal por parte de COREMA en la RCA. Sin embargo, este será uno de los puntos a tratar en el capítulo siguiente, pues lo que nos corresponde en el actual es la exposición de los casos, siendo la crítica a la manera de cómo fueron resueltos el fundamento de nuestras propuestas interpretativas.

c) Resolución de Calificación Ambiental HidroAysén

Con fecha 14 de agosto de 2008, fue presentado ante la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la XI Región, para su evaluación ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del “Proyecto Hidroeléctrico Aysén”, cuyo titular es Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. Contempla la construcción de cinco centrales hidroeléctricas, dos en el río Baker y tres en el río Pascua, con una producción media anual de energía de 18.430 GW/H que será inyectada al Sistema Interconectado Central (SIC) por una línea de transmisión no contemplada en el proyecto. Para ello se requerirá la inundación de 5.910 hectáreas en total para el funcionamiento de las centrales, de las cuales 48,1 serían área protegida por el Parque Nacional Laguna San Rafael, creado por el Decreto Supremo Nº 475 de 1959 del Ministerio de Agricultura. Sin embargo, producto de la participación ciudadana, la pública y notoria oposición pública al proyecto y por factores que tuvieron que ver con la propia inviabilidad del proyecto (incluidos asuntos de derechos de agua indisponibles), la cantidad de terreno a inundar que constituye área protegida, fue reducido a 18 hectáreas.

Sobre el cumplimiento de la legislación vigente y, más propiamente respecto de la Convención de Washington, CONAF en su intervención como organismo sectorial competente para otorgar el permiso 102 señaló su inconformidad con el proyecto de la forma como estaba concebido en el EIA. En este sentido, lo planteado por dicha institución se resume en las palabras siguientes:

“Un Parque Nacional, en el marco de la Convención de Washington no puede mantener la identidad de tal, si conjuntamente con la vigilancia y protección de la flora y fauna que alberga y de las fuentes y cursos de agua, reservas forestales y demás recursos que componen el patrimonio ecológico de la unidad, se permitiese que una

parte del mismo quedase ajeno a su finalidad, al permitirse la inundación de una parte de él, lo que violaría, además, el derecho constitucional señalado en el artículo 19, N° 8, que otorga a todos el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, siendo un deber del Estado tutelar la preservación de la naturaleza a fin de que ese derecho no sea afectado⁸⁰.

No obstante, y con un cambio de administración de por medio producido por la contingencia política (más propiamente, las elecciones presidenciales y los cambios que ello conllevó en las instituciones de la administración del Estado), la posición de CONAF cambió de manera radical al formular observaciones a la Adenda del proyecto HidroAysén, dando su completa conformidad respecto del arreglo a derecho del proyecto. A continuación reproducimos el párrafo donde más claro queda la nueva (y completamente opuesta) posición de CONAF:

“En tal sentido la inundación de 18 ha. del parque Laguna de San Rafael no atentaría contra el espíritu de la Convención, ya que no afecta paisajes de incomparable belleza, formaciones geológicas extraordinarias u objetos naturales de interés científico o histórico ni causaría la extinción de las especies que ocupan la superficie a inundar, la que podría ser compensada con la entrega de una superficie mayor de terreno que reuniese los requisitos que se tuvieron en vista en la creación de dicha área protegida⁸¹”.

La Resolución de Calificación Ambiental, por su parte, no introduce ninguna apreciación nueva sobre el cumplimiento o infracción de la Convención de Washington, por lo tanto la opinión técnica de CONAF, contenida en su última intervención en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (de la cual extrajimos el párrafo anteriormente transcrito), queda firme para efectos de lo resuelto por la COREMA de Aysén.

⁸⁰ ORD. No 510, 7 de Octubre de 2008, Claudio Godoy Oyarce Jefe Servicio Corporación Nacional Forestal, Región de Aysén.

⁸¹ ORD. No 344, 15 de Noviembre de 2010, Juan Eduardo Barrientos Erreguerena Jefe Servicio Corporación Nacional Forestal, Región de Aysén

C. Otros instrumentos utilizados y omitidos en la Jurisprudencia Judicial y Administrativa

C.1.) Jurisprudencia Judicial.

a) Convenio de Basilea:

El Convenio de Basilea es un tratado ambiental global que regula estrictamente el movimiento transfronterizo de los residuos peligrosos, al mismo tiempo que establece obligaciones que aseguren el control de los mismos y, en especial, de su disposición. Su objetivo fundamental es evitar el traspaso y comercio de desechos ambientalmente peligrosos entre países, esto para resguardar la integridad ambiental de los países pobres que, en ausencia de este Convenio, venían siendo utilizados como “el vertedero” de los países del primer mundo⁸².

Este Convenio fue ratificado por Chile con fecha 29 de Mayo de 1992 y publicado el 13 de octubre del mismo año en el Decreto 685 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Para efectos de la contrastación de nuestra hipótesis, podemos señalar las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, no tiene una utilización demasiado difundida, pero esto no es necesariamente señal inequívoca de falta de aplicación, pues la materia que trata es tanto específica como excepcional y, al tener esta Convención una orientación preventiva respecto de las situaciones que regula, los casos que se ven alcanzados por ella son escasos.

En segundo lugar, lo que si puede indicar ausencia de sistematicidad es que en los casos analizados hay una diversidad de ponderación sobre el valor obligatorio del Convenio. Si bien, resulta común que en la parte resolutoria de las sentencias no se falla con expresa mención al instrumento comentado, existen algunos en que ni siquiera se encuentran analizados en la parte considerativa, aún haya sido citado por las partes intervinientes como derecho pertinente a los casos conocidos por las

⁸² [En Línea] http://www2.uca.es/grup-invest/cit/ONGs_archivos/Convencion%20Basileia.pdf [consultado 30 de nov. de 2011]

respectivas Cortes. Los fallos que hemos seleccionado, precisamente muestran este desequilibrio.

a.1) Molina Manzo, Lombardo y otros c/ CPA Promel Ltda. y Cía. y otro⁸³

Entre los años 1984 y 1989, la Sociedad Promel Ltda. importó desde Suecia e internó al territorio nacional más de 20.901 toneladas de residuos para su tratamiento y obtención de sustancias minerales, en su planta ubicada en la zona industrial de Arica. Estos residuos consistían en barros con contenido metálico. El importador contó tanto con la autorización del Servicio de Aduanas, quien le exigió una declaración jurada de que estos productos no eran tóxicos, como con la autorización de I Servicio de Salud, otorgada para su desaduanamiento. Los residuos quedaron almacenados en un terreno de dicha zona industrial, a la intemperie, sin fiscalización alguna, pretendiendo la empresa importadora, en 1993, el abandono de estos desechos a beneficio fiscal, lo que no fue aceptado por el Servicio de Aduanas.⁸⁴

Con posterioridad al almacenamiento y depósito de los residuos se construyen, por el Servicio de Vivienda y Urbanismo viviendas en sectores colindantes a la zona de acopio (entre 1991 y 1996), lo que provocó la exposición directa de los habitantes al plomo y otros metales. Un estudio de salud hecho en la zona detectó que el 50% de los niños del sector presentaba altos índices de plomo en la sangre, metal que provoca desde cefaleas a daños neurológicos irreversibles⁸⁵.

El recurso de protección está dirigido tanto a la empresa Promel como al Servicio de Salud por responsabilidad del Estado. Lo interesante de este fallo es que, no obstante, los hechos de la importación de los desechos peligrosos se realizaron con anterioridad a la fecha de ratificación del Convenio, la Corte de Apelaciones de Arica lo utiliza en la parte considerativa, con la finalidad de desarrollar la estructura de la responsabilidad que le compete al Servicio de Salud de Arica, como ente del Estado, porque su responsabilidad respecto de las omisiones negligentes con que desempeñó

⁸³ Corte Suprema, 30 de Mayo de 2007, ROL:3174-05

⁸⁴ Hervé Espejo, Dominique y Pizarro Wilson, Carlos, “La responsabilidad civil derivada del daño ambiental: Notas sobre el caso del plomo en Arica”, en Revista Justicia Ambiental, Año 1, Número 1, Fiscalía del Medio Ambiente , año 2009.

⁸⁵ *Ibidem*

su función acaecen con la norma del Convenio ya vigente. A continuación reproducimos el párrafo más ilustrativo del fallo:

“10º) [...] cabe consignar que el propio Director del Servicio de Salud de Arica, doctor Eduardo Fritis Castro al dar respuesta a las posiciones quinta, sexta, octava, novena y undécima del pliego rolante a fojas 932, en la audiencia realizada a fojas 935, reconoce la existencia del acopio de residuos minerales ingresados a partir de 1984, y su carácter tóxico, señalando que el Servicio ha tomado medidas para su traslado a otro lugar y la atención médica de la población. Pero, a fojas 844 deroga la resolución que disponía que, previo al traslado de los residuos, debía efectuarse un estudio de Impacto Ambiental del sector de Quebrada Encantada, aduciendo que existe urgencia en este traslado porque está afectada la salud de la población aledaña; con lo que se demuestra que aún en 1998, se incumple la ley, toda vez que se actuó de hecho y sin respetar las normas de los artículos 8 y siguientes de la Ley No 19.300, ya vigente, relativo al impacto ambiental de ese traslado a Quebrada Encantada. También, se desconocieron por parte del Servicio de Salud de Arica las normas del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, vigente desde mayo de 1992, que le establece al Estado obligaciones como prohibición de la importación y exportación de residuos peligrosos; obligación de reimportación de éstos, la obligación del establecimiento de instalaciones adecuadas para su eliminación, entre otras; sin embargo, este órgano del Estado - Servicio de Salud de Arica - no varió su posición de inercia y falta de servicio, toda vez que los desechos tóxicos peligrosos continuaron abandonados a campo travieso por otros seis años, hasta que, en definitiva, se produjo el colapso ambiental y sanitario en ese lugar de la ciudad, que lo hizo reaccionar en parte”.

a.2.) Sociedad Agrícola Las Cañas Ltda. c/ Secretaría Ministerial de Salud de la Región del Maule

Este recurso de protección tenía por finalidad restablecer el imperio del derecho respecto de la garantía constitucional de desarrollar cualquier actividad económica lícita (Art. 19 Nº 21 de la Constitución), dada las circunstancias de que el Servicio de Salud de la Región del Maule inmovilizó las actividades de un acopio de aserrín propiedad de la recurrente por medio de la resolución 966 de 2 de abril de 2008,

imponiendo obligaciones conducentes a restringir la incineración y traslado del material por el riesgo de contener éstas sustancias nocivas para la salud humana, consideradas en el Convenio de Basilea como tales (esto, sin tratarse de un caso de movimiento transfronterizo de materiales nocivos, sino utilizada como una norma de interpretación para determinar con mayor claridad qué elementos se consideran nocivos y cuáles no). En este sentido, el Servicio de Salud que es la parte recurrida en este caso, expone entre sus argumentos el que pasaremos a transcribir a continuación, haciendo hincapié de que la Corte de Apelaciones de Talca no rescata ni la norma citada ni el argumento dado en su parte resolutive, suerte que corren varios de los instrumentos internacionales del Derecho del Medio Ambiente que hemos analizado en esta investigación. Aún a mayor abundamiento, no solo no es rescatado el argumento de la recurrida, sino que el fallo es favorable para la recurrente, dejando sin efecto las obligaciones impuestas por la resolución 966, de acreditar la inocuidad de los componentes del aserrín al momento de ser trasladado o incinerado.

El tercer párrafo del considerando segundo, referido a los argumentos expuestos por la recurrida, señala lo que sigue:

“Finaliza expresando, que las medidas adoptadas no son arbitrarias ni ilegales, toda vez que se solicitó análisis referido a 17 congéneres tóxicos de dioxinas y furanos y no a su amplio espectro. Por su parte, el Decreto 148 , publicado en el Diario Oficial de 16 de junio de 2004, Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos, incluye a los Fenoles y Clorofenoles y tales compuestos se incluyen en el Convenio Internacional de Basilea, sobre control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su Eliminación, aprobado por D.S. 685 de 1992. Por último, la resolución Exenta 2226 de 1999 del SAG, supone la suspensión de la importación, fabricación, venta, distribución y aplicación de pentaclorofenol en Chile”.

b) Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la OIT es un instrumento internacional que tiene por finalidad establecer normas de protección a los pueblos originarios de sus Estados miembros. Ha sido interpretado por la doctrina del Derecho Ambiental como una norma de Derecho Internacional del Medio Ambiente, en tanto figura como la principal herramienta reguladora del elemento medio ambiental antropológico y cultural étnico,

en el sentido dado sobre el concepto de medio ambiente que hemos descrito latamente en el capítulo primero de esta investigación. El Convenio plantea el establecimiento de ciertos derechos de los pueblos indígenas, entre los cuales toman relevancia los siguientes⁸⁶: i) Derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (artículo 7). ii) Derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículos 8 y 9). iii) Derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, los que comprenden su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15). iv) Derecho de participación en la adopción de decisiones respecto a políticas y programas que les conciernan (Derecho a Consulta, artículo 6).

b.1.) Puelman Ñanco, Mariano y otros c/ Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía

Con fecha 18 de noviembre de 2007 se ingresó al sistema de evaluación de impacto ambiental de la IX región de La Araucanía, el proyecto denominado "Piscicultura Palguín" de la sociedad Agrícola Terratur Limitada. El proyecto pretende construir una piscicultura con una producción de 80 toneladas de salmonoides por año, que se ubicaría en el sector Palguín de la comuna de Pucón, ochocientos metros aguas arriba por el río Palguín de las comunidades mapuches de Palguín Bajo, en la que habitan cerca de 200 familias y de la comunidad Antonio Huenuñanco en la que habitan cerca de 110 familias, a las cuales representan y que se ven directamente amenazadas por el proyecto. Con fecha 23 de septiembre de 2009, la COREMA calificó favorablemente el proyecto, otorgando su resolución de calificación ambiental, Resolución Exenta N° 242 de fecha 9 de octubre de 2009, la que autoriza al funcionamiento de la Piscicultura Palguín, que fue notificada a las partes el día 13 de octubre de 2009. Argumentan que la resolución genera una seria amenaza a sus derechos, dado que el funcionamiento de una piscicultura trae aparejado el uso de

⁸⁶ Donoso, Sebastián, "Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro", PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA VICERRECTORÍA DE COMUNICACIONES Y ASUNTOS PÚBLICOS, año 3, N° 16, 2008.

sustancias nocivas para el medio ambiente, como los antibióticos y el cloro, que contaminan las aguas y pueden llegar a afectar la salud de las personas que habitualmente usan el Río Palguín.

El Recurso de Protección deducido por las comunidades afectadas y acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco, tenía por finalidad dejar sin validez la RCA recurrida en atención a que dicha resolución omitió los derechos del Convenio 169 de Consulta del artículo 6 y el derecho del artículo 15 a conservar el patrimonio ambiental de sus tierras. Aunque el desarrollo que la Corte otorga a la aplicación de dicho Convenio está más cercana a las directrices de los Derechos Humanos en general que al Derecho del Medio Ambiente en particular, de todas formas resulta relevante el argumento dado en el sentido que se deshace de cualquier controversia sobre su obligatoriedad e importancia:

“8º Que en esta línea y tomando en consideración lo antes dicho la ley 19.253 en el Título que nos incumbe que es el Título V artículos 34 a 37 no aparece norma alguna que señale qué debe entenderse como medida administrativa; lo mismo puede decirse del Convenio 169 que en los artículos citados y de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente. Luego si estamos razonando jurídicamente sobre conceptos de derecho para lograr un resultado convincente y aceptable debo ceñirme al artículo 5º inciso segundo de la Constitución, por tratarse de un Convenio sobre derechos humanos. En este sentido si hubiera una ambigüedad en el concepto de medida administrativa en una interpretación constitucional lo primero a considerar es la dignidad del hombre, el respeto, aseguramiento y promoción de sus garantías constitucionales. Así dicho lo anterior el concepto de medidas administrativa debe ser interpretada siempre a favor de los pueblos indígenas (medida administrativa que en sentido natural y entendible para todos es la que proviene de la administración del Gobierno). Lo que le agrega el Convenio citado, es que pueda ser susceptible de afectarle directamente. En este caso obviamente los recurrentes como comunidades indígenas tienen interés en participar en las decisiones (medidas) de la autoridad que puedan afectarles ya que son ellos en definitiva quienes nacen , se desarrollan, viven, se alimentan, sueñan y entierran a sus deudos, en las tierras aludidas en el recurso”.

c) Declaración de Estocolmo de 1972.

c.1) Linconao Huircapan, Francisca c/ Sociedad Palermo Ltda.

En la Corte de Apelaciones de Temuco fue presentado este recurso de protección por la Machi Francisca Linconao H. en contra de la Sociedad Palermo por haber realizado esta, corta ilegal de especies nativas protegidas por la Ley de Bosque Nativo (en el sentido de que dicha norma señala que no es lícita la tala de árboles y arbustos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales) además de plantar especies exóticas en lugares donde se ha llevado a cabo la tala. El fallo de cierta forma reconoce la concepción amplia de medio ambiente que forma parte de la noción fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que hemos desarrollado en detalle en el capítulo primero de esta investigación, no obstante no ha sido acogido íntegramente por el legislador en la creación de normas complementarias e, incluso, por la jurisprudencia , sin duda existe una tendencia en ese sentido, prueba de ellos son los más de 20 tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia, a la vez que desde el punto de vista interno, la protección del medio ambiente se ve respaldada por numerosos cuerpos legales. A este mismo respecto, se refiere el fallo en su parte considerativa señalando lo que transcribimos a continuación:

“6º Que en la perspectiva anterior y en una revisión de la legislación internacional sobre el medio ambiente, podemos indicar que el Estado de Chile ha suscrito más de 20 tratados internacionales que cita el profesor Nogueira en la obra anteriormente indicada, que naturalmente permiten precisar el derecho en cuestión. A su vez existen otros acuerdos internacionales, como es, la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente o declaración de Estocolmo de 1972. En su considerando tercero señala que la capacidad del hombre para transformar todo lo que le rodea, debe ser usada con discernimiento a fin de llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea e imprudentemente, puede causar daños incalculables al ser humano y su medio. En la declaración final expone que el hombre tiene derecho a la libertad y a la igualdad y al disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, además, tiene la solemne

obligación de proteger y mejorar el medio para generaciones presentes y futuras. Por su lado, esta declaración fue confirmada por la de Río de Janeiro de 1992 y proclama entre otros principios que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible; tienen derecho a vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza; el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de la generaciones presentes y futuras. En esta misma línea el Convenio sobre la Diversidad Biológica publicado en el diario oficial 6 de mayo de 1995, en su preámbulo, indica que las partes contratantes están conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes. Conscientes asimismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera, afirmando que la conservación de la diversidad biológica es de interés común de toda la Humanidad. Igualmente observan que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica”.

d) Convención sobre Cambio Climático y Convención de Viena para la protección de la Capa de Ozono.

d.1) León Aresti con ENTEL y otros

En este recurso de protección, su contenido nos es prácticamente indiferente. A grandes rasgos, según lo que señala la parte expositiva del fallo, los hechos fundantes del recurso consisten en que entre el 24 y 25 de Marzo de 2009, los recurrentes se percataron que en terrenos del Club de Golf Los Leones y frente al número 3554 de Avenida Kennedy, comuna de Vitacura, se levantaba una antena de unos 30 metros en forma de Palmera, perteneciente a alguna compañía de telefonía móvil que el recurrente fue incapaz de determinar a priori. Su solicitud es que se realice el retiro de la antena por los eventuales daños a la salud de los habitantes de los lugares aledaños a la antena, la cual fue rechazada, creemos que más por una técnica y estrategia jurídica deficiente que por otra cosa. Sin embargo, rescatamos que en la elaboración de un concepto del “principio precautorio”, supuesto que sirve de base para elaborar la

parte petitoria del recurso de protección, se refiere el recurrente a varias normas internacionales que vienen a complementar la ausencia de una consagración expresa de dicho concepto en nuestra legislación interna, por lo tanto realiza una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico logrando salvaguardar la falencia antedicha. Si bien, el fondo del recurso y la decisión (que cabe destacar, no rescata ni sopesa la elaboración del recurrente respecto del principio precautorio) es, como ya dijimos, más bien irrelevante, si tiene importancia para demostrar lo necesario que es una interpretación sistemática con inclusión de las normas internacionales de Medio Ambiente, con el fin de llenar las lagunas que la normativa interna posee en gran cantidad:

“A)[...] El principio de precaución en Chile no está consagrado en sus normas o políticas ambientales, pero se inserta a través de los Tratados Internacionales ratificados que lo contemplan, como la Convención de Viena para la protección de la capa de Ozono, el Protocolo de Montreal, la Convención de la Biodiversidad y la Convención de Cambio Climático y la Declaración de Río de 1992. Así, siendo inconstitucional el Decreto 505 de la Subtel, el principio precautorio debe llenar este vacío legal”.

C.2.) Jurisprudencia Administrativa

Para introducir los casos que hemos seleccionado para este acápite en particular, mencionaremos a grandes rasgos las características del rol que juegan las normas internacionales de Derecho Medio Ambiente dentro de la jurisprudencia administrativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En primer sentido cabe señalar que como resultado de esta investigación hemos podido colegir con suficiente certeza que en cuanto a la cantidad y diversidad de normas internacionales medioambientales citadas, invocadas o, en sentido amplio, utilizadas en el marco de la Evaluación de Impacto Ambiental, es notoriamente mayor a lo que sucede en sede jurisdiccional. Sin embargo esta mayor copiosidad no tiene una repercusión cualitativa en la forma en como esas normas son ponderadas por la autoridad competente y, en consecuencia, en el rol que finalmente tienen en la decisión. Los casos seleccionados a continuación son un claro ejemplo de una generalizada actitud pasiva de los titulares cuyos

proyectos son sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental, en cuanto al somero enunciamiento que de dicha normativa se hace, especialmente en capítulos dedicados al cumplimiento de la normativa ambiental vigente. También son un ejemplo de la correlativa, pero inexcusable, actitud pasiva de las propias autoridades llamadas a evaluar ambientalmente dichos proyectos tanto en el respaldo tácito de la actitud pasiva de los titulares (ya descrita) como en la deficiente ponderación de aquellas observaciones ciudadanas o de órganos competentes en que se citan normas internacionales de Derecho Ambiental. En este sentido, la suerte que corre en general la aplicación de estas normas es la misma que pudimos ver en lo relacionado con la jurisprudencia administrativa antes citada con relación a la Convención de Washington y, en consecuencia, también produce el mismo efecto, esto es, la ausencia casi absoluta de aplicación y sistematicidad.

**a) Resolución de Calificación Ambiental Expansión Minera Los Pelambres
85.000 TPD⁸⁷:**

Este emblemático proyecto minero de la IV región de Coquimbo (se ubica en la Provincia del Choapa y tiene como área de influencia a las comunas de Salamanca, Illapel y Los Vilos), ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el 12 de febrero de 1997, en los albores del SEIA y fue resuelto por la Resolución Exenta N° 71 de 6 de octubre del mismo año. Decimos que este proyecto es emblemático pues a raíz de una segunda expansión desde las 85 mil toneladas diarias a 114 toneladas diarias de producción, se protagonizaron varios litigios a nivel local por la instalación de un tercer tranque de relaves propiedad de la compañía en el Valle del Pupío, además de la utilización del agua que regaba dicho valle para la mantención de para su utilización en el relave⁸⁸.

Este proyecto en particular, consiste en la explotación de un yacimiento cuprífero a rajo abierto y posterior beneficio por flotación de 85.000 toneladas por día de mineral, para obtener 743 mil toneladas por año de concentrado de cobre y 8.500 toneladas

⁸⁷ TDA: Toneladas Por Día

⁸⁸ Información relevante sobre este caso, puede ser encontrada en la publicación “La batalla del agua del Valle de Pupío”, Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA; marzo del año 2009.

anuales de concentrado de Molibdeno. Además considera la instalación de un ducto para el transporte del concentrado de una longitud de 120 km, que une la Planta Concentradora con la Planta de Filtrado de Concentrado en Punta Chungo, donde el concentrado es acopiado y embarcado para su posterior comercialización. En relación a estas últimas obras señaladas, es decir, las que incluyen transporte y carga del concentrado de cobre, la titular del proyecto en las Medidas de Reparación, Mitigación y Compensación que propone, señala las siguientes:

“El remolcador deberá cumplir con los Reglamentos y Convenios Internacionales sobre vertimientos y contaminación”.

“Los buques que operen en el Terminal de Embarque, cumplirán cabalmente la reglamentación vigente de los Convenios Internacionales ratificados por el Estado de Chile, sobre contaminación y preservación de la vida humana en el mar”.

Esas débiles menciones son las únicas que pueden ser encontradas en toda la resolución y provienen del documento sometido a evaluación, es decir, es una declaración de la titular que no se vio alterada durante todo el procedimiento de evaluación ni por observaciones de los órganos sectoriales ni por participación ciudadana. Es por esto que finalmente el contenido de la Resolución de Calificación Ambiental acepta y resuelve sin controversia alguna que el hecho de que la titular haya simplemente enunciado que “deberá cumplir con los reglamentos y Convenios...” y que “cumplirá cabalmente la reglamentación vigente de los Convenios”, constituyen medidas de mitigación, reparación o compensación suficiente. En este sentido lo que se espera en un escenario ideal de un Estudio de Impacto Ambiental es que exista un plan de cumplimiento de la normativa vigente, que en varios pasajes de la resolución en comento efectivamente existe, pero donde más carente de desarrollo se encuentra es precisamente a propósito de las normas internacionales de Derecho del Medio Ambiente.

Acá vemos un caso claro de omisión (tal como es el título de este acápite) en la debida citación de los instrumentos internacionales pertinentes, tal como en la idónea ponderación de lo señalado por la titular del proyecto como una medida que efectivamente conduzca a mitigar, reparar o compensar los daños ambientales previstos. Las normas que debieron haber sido más sistemáticamente analizadas para determinar la corrección o futilidad de las medidas propuestas son, para la especie, el Convenio de Londres de 1972 (Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del

Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias) y el ya mencionado Convenio de Basilea, este último con el fin de ser utilizado como una herramienta de interpretación sistemática para determinar la nocividad de los materiales transportados y embarcados en la Terminal Marítima de Los Pelambres.

b) Resolución de Calificación Ambiental Proyecto Portuario Isla Riesco

El Proyecto Portuario Isla Riesco, ubicado en Isla Riesco (la tercera isla más grande de Chile, hábitat natural y reserva del Huemul), Región de Magallanes y la Antártica Chilena, fue sometido a Evaluación Ambiental por la Sociedad Minera Isla Riesco S.A. con fecha 9 de julio de 2008 y fue calificado ambientalmente por la Resolución Exenta N° 291 de 2009, de 1 de diciembre de 2009. Las obras que incluye el estudio sometido a calificación ambiental corresponden a una porción de un megaproyecto minero conocido popularmente como Isla Riesco, el cual incluye 5 minas de carbón a cielo abierto, las cuales aún no han sido calificadas ambientalmente, pero se espera que lo sean en un periodo de tiempo no muy holgado.

El proyecto tiene como objetivo disponer de instalaciones portuarias que permitan la carga de barcos en Isla Riesco para el envío a través de vía marítima del carbón requerido por centrales de generación eléctrica en el país, así como también hacia el extranjero.

Se contempla también el acopio y procesamiento de carbón existente en Isla Riesco, para la posterior carga en naves y transporte hacia los centros de consumo. Además las principales obras contempladas del proyecto portuario son Cancha de Acopio (Stockpile) de Carbón, Chancadores Primarios y Secundarios, Correas Transportadoras, Pesómetro, Muestrera, Casa Eléctrica y Sala de Control, Cargador de Barcos, Equipos e Instalaciones de apoyo (Duques de Alba, Postes de Amarre, Sistema de Amarre y Fondeo, Torres de Enfilamiento, Carro de Servicio, Muelle de servicio, entre los más importantes.

En la misma tónica del caso anteriormente desarrollado, pero quizá llevado a un nivel más alto de falta de seriedad técnica, por parte de la titular del proyecto, y falta de un desempeño ideal por parte de la autoridad administrativa, esta resolución incluye entre sus páginas un capítulo especial destinado a exponer el Plan de Cumplimiento de

la Legislación Ambiental Aplicable. De esta manera hay que destacar que, por un lado, la titular (y por consecuencia la autoridad administrativa en la resolución) reconoce la pertinencia y aplicabilidad de una serie de instrumentos internacionales ratificados por Chile que conforman el marco jurídico para el correcto y legal desempeño de sus actividades. Por otro lado se debe destacar que, aún realizado dicho ejercicio de reconocimiento, no se propone (y correlativamente no se exige ni por la autoridad administrativa ni por los órganos sectoriales) un verdadero plan de cumplimiento de la normativa internacional, siendo que para otras normas del orden interno si se proponen medidas reales y definidas para su cumplimiento. Este caso, antecedido por aquellos analizados respecto de la Convención de Washington y por el expuesto previamente sobre Minera Los Pelambres, es nuestra tercera confirmación de algo que parece ser una regla práctica extendida por todas las COREMAS como órganos resolutores de la Evaluación de Impacto Ambiental, esto es, no ahondar en el alcance que las normas internacionales tienen para el caso específico sometido a evaluación y prácticamente no modificar un ápice de lo señalado por la titular, ya sea al inicio o bien mediante Adenda. A continuación, citamos el “plan” de cumplimiento normativo respecto de las normas internacionales pertinentes al caso:

“D.S. Nº296/1986, Ministerio de Relaciones Exteriores Publicado en Diario Oficial 14/06/86; D. S. Nº474/77 Ministerio de Relaciones Exteriores; D. S. Nº475/77 Ministerio de Relaciones Exteriores Publicado en Diario Oficial 08/10/77; D. S. Nº476/77 (RR.EE.) Publicado en Diario Oficial 11/10/77. En general establecen convenios firmados por Chile en para la prevención de la contaminación de aguas marinas.

D.S. Nº474/1977, Ministerio de Relaciones Exteriores. Aprueba el Convenio Internacional para prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, de 1954. Dirección General de Territorio Marítimo (DGTM).

El Titular del proyecto dará cumplimiento a las exigencias contenidas en estos cuerpos legales”.

“D.S. Nº475/1977, Ministerio de Relaciones Exteriores. Aprueba el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos. Dirección General de Territorio Marítimo (DGTM).

El Titular del proyecto dará cumplimiento a las exigencias contenidas en esta normativa”.

“D.S. Nº476/1977, Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en Diario Oficial 11/10/77. Aprueba la Convención sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras materias. Dirección General de Territorio Marítimo (DGTM).

El Titular del proyecto dará cumplimiento a las exigencias contenidas en estos cuerpos legales”.

c) Resolución de Calificación Ambiental Central Termoeléctrica Los Robles

El 8 de octubre de 2007 la empresa AES Gener S.A., ingresó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el EIA para la Central Termoeléctrica Los Robles, destinado a fundamentar la construcción y operación de una Central Termoeléctrica de 1.300 MW emplaza en el sector de Punta Pacoco en la comuna de Constitución. Se ubica en el KM 73 de la ruta que conecta las localidades de Constitución, Chanco y Cauquenes, a 3,5 KM del límite de las comunas de Constitución y Chanco y a 20 KM del pueblo de Chanco. Para formase una idea de la entidad de esta planta, cabe decir que la polémica planta hidroeléctrica RALCO apenas tiene una capacidad de 570 MW. Este proyecto fue aprobado ambientalmente por la Resolución Exenta N° 214 de la COREMA de la VII Región del Maule, de 4 de Diciembre de 2008.

De entre los varios problemas ambientales e ilegalidades denunciadas en el transcurso del procedimiento de Calificación Ambiental que culminó en la aprobación del proyecto Los Robles (e incluso aquellos que llegaron a ser motivo de posteriores acciones judiciales), hemos de destacar la casi nula consideración inicial (y muy deficiente ponderación ulterior) del conflicto medio ambiental que producto del emplazamiento del proyecto viviría el humedal de Reloca, sitio declarado Santuario de la Naturaleza por el Consejo de Monumentos Naturales con fecha 2 de noviembre de 2005. Haremos unas breves precisiones para una mejor inteligencia del tema:

- Por humedal entendemos *“las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros”*⁸⁹.
- El instrumento principal de protección específica a los humedales es la Convención Ramsar (Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente Como Hábitat de Aves Acuáticas) de 1971. Esta Convención tiene como misión *“la conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales y nacionales y gracias a la cooperación*

⁸⁹ Artículo 1.1 de la Convención de Ramsar [En línea] <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 16 de enero de 2012]

*internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo*⁹⁰.

Es reconocido a nivel mundial el problema de la falta de operatividad de la Convención Ramsar, en cuanto a que existen amenazas de carácter global que inciden sobre los humedales, como el cambio climático y sus impactos (como la ocurrencia más frecuente de sequías, tormentas, inundaciones, etc.), la globalización del comercio pesquero, la privatización de servicios de agua, y –en lo que a nosotros nos atañe, desde la perspectiva de los mecanismos aplicables para una correcta protección de los humedales- la falta de voluntad política de los gobiernos nacionales en materia de conservación de los recursos naturales⁹¹.

Como adelantábamos, la situación del humedal de Reloca es uno de los varios problemas que fueron denunciados durante el procedimiento de Evaluación Ambiental, lo cual fue motivo de la observación ciudadana que pasamos a reproducir:

Observación:

“[...] el documento tampoco contempla la existencia de áreas de protección de la biodiversidad que se encuentran cercanas a su localización, siendo las principales la Reserva Federico Albert y el Humedal del Reloca, siendo este último un lugar donde confluyen aves en peligro de extinción, tales como el Cisne de Cuello Negro (Vulnerable), el Flamenco chileno (Rara), Gaviota Garuma (Rara) y el Pato Cuchara (Insuficientemente Conocida), entre otras especies de aves, mamíferos y reptiles, condiciones que le habría valido ser declarado "Santuario de la Naturaleza" por el Consejo de Monumentos Nacionales, tal como consta en la Sesión Ordinaria número 10 de 2005 con fecha 2 de noviembre de 2005. [...] Este humedal incluso tendría las características propias de aquellos que protege la Convención de RAMSAR según los antecedentes que hemos podido recabar y que son producto de un estudio realizado por el Servicio de Vida Silvestre Canadiense en el año 1996”.

⁹⁰ Conferencia de las Partes Contratantes (Convención de Ramsar), Plan Estratégico de Ramsar para 2009-2015 (Changwon, 2008), p. 5. [En línea] <http://www.ramsar.org> [fecha de consulta: 16 de enero de 2012].

⁹¹ Wetlands International, “Valoración Socioeconómica de los Humedales en América Latina y el Caribe”, página 5

La particularidad, como la propia observación lo enuncia, es que el documento original del EIA del proyecto Los Robles carecía completamente de mención al humedal Reloca como sitio de interés ambiental, por lo tanto no está incluido dentro de la línea de base y, en consecuencia, no se destinaron medidas de mitigación, reparación y compensación para los posibles daños que sufriría. Ante tal evidencia, que importa una diferencia con los casos que antes habíamos citado (en cuanto a que en aquellos el titular era quien señalaba el cumplimiento de las normas internacionales) y que por lo mismo, ahonda gravemente en la falta de idoneidad en la aplicación sistemática de los instrumentos internacionales de Medio Ambiente por parte de la autoridad administrativa, ya que es ella la facultada para realizar la ponderación y consecuente respuesta a la observación ciudadana. Si bien su elaboración es evidentemente más lata que en los casos anteriores, el resultado es el mismo: Permite el no establecimiento de medidas de mitigación, reparación y compensación y respecto de lo que nos motiva, por ende, deja sin aplicación la Convención Ramsar. A continuación reproducimos los pasajes más relevantes de la ponderación a la observación ciudadana antes citada:

Ponderación:

[...] Resulta importante destacar que la fauna íctica presente en el sector propuesto para la instalación de la futura central térmica constituye un conglomerado de organismos con una alta movilidad, por lo que eventuales impactos asociados a la captación y posterior descarga de aguas destinada a procesos de refrigeración se consideran de poca relevancia en comparación con aquellos ensambles de organismos sésiles o de movilidad restringida, como son las comunidades de invertebrados bentónicos.

[...] Con relación a los mamíferos marinos presentes en las cercanías del área de estudio, hay que acotar que la presencia de este tipo de organismos en el área de influencia directa del proyecto es esporádica.

[...] De las Áreas de Manejo de Recursos Bentónicos en el sector, sólo una (aquella administrada por Caleta Pellines) se vería afectada parcialmente por la descarga de aguas de refrigeración, por lo cual el Proyecto ha considerado el establecimiento de estaciones de monitoreo cercanas a dicha AMRB, con el objeto de desarrollar un

seguimiento de comunidades biológicas, de calidad del agua y sedimentos, así como de los recursos pesqueros de importancia explotados por la pesca artesanal.

D. Un conflicto evidente: Falta de equilibrio en la utilización de normas de Derecho Internacional en sede administrativa y judicial.

Tal como fue expuesto brevemente a propósito de la jurisprudencia administrativa en la sección inmediatamente anterior, existe entre la cantidad de normas internacionales de Derecho Ambiental que se citan en la sede administrativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en relación a aquellas citadas y utilizadas en sede jurisdiccional, un evidente desequilibrio. Esta sección no amerita mucho más desarrollo en tanto surge por la necesidad de establecer la referencia como un hecho basal en lo que seguirá de esta investigación, en el sentido de que buscaremos tratar de responder la cuestión de porqué aquellos argumentos que sirven de base para una observación ciudadana y un recurso de Reclamación en el marco del SEIA no llegan a ser utilizadas en la misma medida en sede jurisdiccional, siendo que el acto impugnado es el mismo y sería una estrategia natural de lo que jurídicamente conocemos como el “agotar instancias”. En otras palabras, la mayor parte de la discusión sobre la pertinencia de aplicar normas internacionales de Medio Ambiente se da en sede administrativa, sin que esta sea base fundante para la elaboración de los argumentos necesarios para la discusión en sede jurisdiccional. Nuestro interés es acercarnos al porqué de este hecho, con el fin de dilucidar si con su solución podríamos allanar el camino para una aplicación más sistemática de las normas contenidas en los instrumentos internacionales de Derecho del Medio Ambiente ratificados por Chile.

CAPÍTULO CUARTO
APORTES INTERPRETATIVOS PARA UNA APLICACIÓN SISTEMÁTICA DE
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHO AMBIENTAL.

A. Consideraciones Previas

El capítulo precedente terminó acusando la falta de equilibrio en cuanto a la utilización de normas de derecho internacional ambiental en sede administrativa, respecto de aquellas invocadas en sede jurisdiccional. Para dilucidar el por qué de esta iniquidad tendremos que hacer el ejercicio de jugar el rol del estratega, aquel que diseña una determinada táctica jurídica con que intentará hacer valer de la mejor manera posible sus alegaciones y pretensiones ante la autoridad correspondiente. Para este propósito se tomará en cuenta, en primer lugar, la estructura del procedimiento donde se desenvolverán sus argumentos, las instancias y mecanismos legales de comparecencia, etc., además de tomar en cuenta la costumbre jurisprudencial (para el particular, tanto la judicial como la administrativa del SEIA) sobre la manera de cómo son ponderados y resueltos los argumentos de naturaleza análoga a los suyos propios.

Sobre el primer punto, el tema de la estructura del procedimiento, nos encontramos con que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental consagra una instancia de participación ciudadana muy deficiente y que en ningún caso puede ser considerada como un legítimo contradictorio desde un sentido procesal puro. Cabe señalar que, por ser un procedimiento de naturaleza administrativa, tampoco está entre sus requisitos de validez la existencia de un legítimo contradictorio, pero si es reconocida la importancia de la participación ciudadana, ya que es altamente probable que sus derechos se vean conculcados o amenazados por una resolución que permite una actividad que impacta al medio ambiente. La participación ciudadana es más bien un mecanismo de consulta y, en este contexto, las observaciones realizadas no son vinculantes para el órgano fallador. Más aún, mientras la titular de un proyecto sometido a Evaluación de Impacto Ambiental tiene la posibilidad de reformarlo y modificarlo, legalmente mediante la figura de las Adendas, la participación ciudadana

en el mismo proceso solo existe en una oportunidad, dejando en claro que la noción de legítimo contradictorio no existe en este caso.

Dicho lo anterior, es claro que la estrategia más indicada es no reservar ninguna de las alegaciones posibles (como podría suceder en el marco de un proceso judicial, reservando excepciones para la oportunidad procesal más conveniente), si no realizar todas las observaciones y alegaciones posibles en la misma oportunidad. Dentro de ellas, por supuesto que tienen lugar aquellas que nacen de la inminente infracción a una norma o principio de Derecho Internacional, esto porque al menos se obliga al órgano a realizar la consulta respectiva, no obstante las posibilidades de obtener una decisión denegatoria de un permiso ambiental como consecuencia de una observación ciudadana son muy exiguas o, derechamente, inexistentes.

En cambio, en la estrategia a seguir en un proceso judicial, la realidad es completamente diferente, pues la utilización de normas de fondo para fundar las pretensiones sometidas a examen del tribunal, tiene por finalidad entregar herramientas decisoras al juez de la forma más simple y directa posible, para que a éste le sea más expedita e inequívoca la tarea de resolver. Es por esto el acusado de desequilibrio se produce en este plano, pues como ya hemos visto en el capítulo anterior, la suerte de la aplicación de tratados ambientales en sede judicial es disímil, heterogénea y difusa. No resulta conveniente para el estratega fundamentar sus alegaciones en dicho tipo de normas, ya que tienen altas probabilidades de no obtener lo solicitado, por el simple hecho de que el juez no tiene demasiado claro como darle cumplimiento a la norma invocada. Aquí es donde toma también relevancia lo que adelantábamos sobre tomar en cuenta la costumbre jurisprudencial, lo que provoca una tendencia quizá desfavorable en la discusión de la eficacia de los Tratados Internacionales de Medio Ambiente, pues en la medida que se ha hecho tradicional dejarlos sin aplicación, difícilmente serán consideradas como normativa relevante de ser empleada en aquellos casos que vayan suscitándose en lo futuro.

En otro aspecto diferente, la situación del derecho actual, donde cada vez conviven más normas de derecho interno con aquellas de derecho internacional, debiese (y de cierta forma la tendencia real apunta en esta dirección) tender a unificar los criterios jurídicos en las distintas fases de la vida de una norma de derecho: su creación (cuando es norma de derecho interno), su ratificación (en sentido amplio, esto

es, la decisión del estado de incorporar a su orden interno tal o cual tratado internacional) y su aplicación, siendo que son todos actos que manifiestan la voluntad del Estado, deberían seguir una misma lógica dirigida por la intención de la norma, evitando los conflictos y las contradicciones en la medida de lo posible y, por sobre todo, no ser un obstáculo en la eficacia de las otras. Esta necesidad de homogeneidad se acrecienta más aún cuando consideramos que dentro de las normas internacionales ratificadas por Chile se encuentran varias que reconocen jurisdicción a tribunales de orden internacional⁹², lo cual debería ser un catalizador para que la institucionalidad chilena se acerque desde el derecho interno a los parámetros jurídicos a los que se ha comprometido en el plano internacional, para ponerse al nivel de las exigencias mínimas establecidas de modo de lograr un sistema en que la totalidad de las normas que lo componen se complementen.

En esta misma lógica, ya no sería admisible el argumento de la soberanía para elegir una norma sobre otra, ya que los tratados son incorporados al derecho interno mediante un acto soberano (como ya se ha mencionado previamente en esta investigación) y, por otro lado, serán estas las normas que, en cierto sentido, serán utilizadas para resolver un conflicto en su “última instancia”, que es la instancia internacional⁹³.

B. Autoejecutabilidad y Tratados Internacionales en materia de Derecho de Medio Ambiente.

Uno de los argumentos de la insuficiente o, más correctamente, irregular aplicación de los instrumentos internacionales de Derecho del Medio Ambiente ratificados por Chile -y que hemos podido rescatar de la investigación contenida en el capítulo precedente- es el de la falta de autoejecutabilidad de estos. Hemos podido observar como tanto en sede jurisdiccional como administrativa, el ítem de la

⁹² Dentro de los tribunales internacionales reconocidos por Chile por ratificación de sus estatutos, encontramos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), entre otros.

⁹³ Este carácter de una especie de “última instancia” lo hemos extraído del hecho de que uno de los principales requisitos admisibilidad de causas a los tribunales internacionales es el agotamiento de los procedimientos y recursos de orden interno. Ver art. 46 Convención Americana de Derechos Humanos.

autoejecutabilidad (o no autoejecutabilidad) se da de una forma bastante poco desarrollada e incontrovertida, fallando ambas autoridades en su obligación de justificar debidamente sus decisiones. Se extraña en ambas clases de resoluciones una descripción de la metodología intelectual utilizada para determinar que tal o cual norma carece de la característica de ser autoejecutable, por tales o cuales motivos y en tales o cuales casos. En este sentido, no hay en ninguna de las resoluciones estudiadas en esta investigación que realice, en primer lugar, una caracterización de lo se entiende por norma internacional autoejecutable y, en segundo lugar, el correspondiente ejercicio de subsunción de aquella elaboración teórica en el caso práctico que les ha tocado conocer y resolver.

Por esta razón, con la finalidad de contribuir a la consecución de una aplicación sistemática de las normas contenidas en los Tratados Internacionales ratificados por Chile en materia de Medio Ambiente, es que este acápite lo dedicaremos a esa caracterización cuya ausencia hemos acusado, es decir, qué entendemos por norma autoejecutable y norma no autoejecutable. Con esto en ningún caso queremos decir que “todos los tratados son autoejecutables” y así el juez debiese considerarlos al momento de fallar una controversia, pero si nos oponemos a la idea de que “ningún tratado es autoejecutable”, para lo cual desarrollaremos aquellas teorías que permiten una y otra posibilidad, con el fin de demostrar de que existen en el derecho las herramientas de interpretación suficientes para que el juez pueda decidir con mayor propiedad sobre la autoejecutabilidad o no autoejecutabilidad de los tratados aplicables a los pleitos sometidos a su conocimiento.

Reconocemos que la posición mayoritaria en la doctrina es la tendencia a supeditar la aplicación de un tratado internacional siempre a la existencia de una norma de derecho interno que establezca su obligatoriedad. Sin embargo, no es la única hipótesis que existe, ya que cierto sector de la doctrina moderna tiene un concepto diverso al mismo respecto. Para la doctrina estadounidense, la regla general es la autoejecutabilidad de los tratados en aplicación de la Cláusula de Supremacía (descrita más extensamente en el capítulo segundo de esta investigación). Sin embargo, también resulta cierto que no todas las normas son autoejecutables, posición que tiene su origen en una sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., en el caso *Foster v/s Nelson*, donde el juez Marshall –motivado por una interpretación a contrario

sensu de la Cláusula de Supremacía– estableció que “*cuando los términos de una estipulación importan un contrato, cuando cualquiera de las partes se obliga a ejecutar un acto particular, el tratado se dirige al órgano político, no al judicial, y la legislatura debe ejecutar el tratado antes de que éste pueda devenir una regla para la Corte*”⁹⁴. La importancia de esta sentencia es la definición de la idea de que no todas las normas internacionales convencionales vigentes (en este caso, en EE.UU) pueden ser aplicadas por los Tribunales, pues existen algunas disposiciones que se encuentran dirigidas al órgano legislativo, el cual está llamado a desarrollarlas antes que el órgano judicial las aplicara a un caso concreto, surgiendo de esta manera las normas no autoejecutables.

B.1.) Posiciones a propósito de la Autoejecutabilidad.

Este tema ha sido motivo de diversos textos de juristas de distintas procedencias y corrientes intelectuales, al contrario del exiguo tratamiento que recibe en las discusiones de las autoridades llamadas a aplicar dichas normas. Por razones de economía, destacaremos dos posiciones destacadas que se dirigen sobre diferentes elementos de la norma y que nos podrían ayudar a identificar cuando una de ellas es autoejecutable o no.

En primer término, dentro de las posiciones que se manifiestan a favor de la autoejecutabilidad, podemos destacar la opinión del profesor Humberto Nogueira quien realiza un examen sobre la finalidad de la norma y, en este sentido, la intención que tuvo su creador al momento de darle origen (estrictamente para el caso de los tratados internacionales, la intención que tuvieron los estados partes al momento de su celebración). De este modo, existe norma autoejecutable “*cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del estado la aplicación de esa norma en su favor*”⁹⁵

⁹⁴ CORREA G., RODRIGO. “*Tratados internacionales bajo el embrujo de Brown*” pag. 13. Citado por Felipe Cornejo Garc

En segundo término, en las posiciones que eligen la “no autoejecutabilidad” como regla general, encontramos la del destacado profesor Santiago Benadava, quien identifica que el carácter de autoejecutabilidad de los tratados y las normas en ellos contenidas, se relaciona con un elemento objetivo de las mismas, tal es, la forma en que están redactadas. De esta manera, señala que *“Para que las cláusulas de un tratado internacional puedan ser aplicadas por los tribunales internos, es necesario que dichas cláusulas sean self-executing, es decir, que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente en los casos que dichos tribunales conozcan”*⁹⁶. A esto debemos sumar que *“Naturalmente, en un mismo tratado puede haber disposiciones self-executing y disposiciones non-self-executing [...]”*⁹⁷

Es necesario destacar que ninguna de las dos posiciones se manejan en términos absolutos, en consecuencia, ambas reconocen dos tipos de disposiciones: las Autoejecutables y las No Autoejecutables, las cuales pueden (y en efecto, lo hacen) convivir dentro de un mismo tratado.

En el sentido de lo precedentemente señalado, según lo manifestado por el profesor Nogueira, para identificar ante qué tipo de norma internacional nos encontramos, hay que atender a su contenido y evaluar si establece o no un derecho exigible directamente por su beneficiario, sin necesidad de una regulación de derecho interno para la aplicación del tratado en que la referida norma está contenida. El problema interpretativo que esta teoría podría implicar es que una disposición que aparentemente establece derechos exigibles directamente por sus beneficiarios sea considerada como autoejecutable aunque la misma señale que para ser aplicada se requiere de una norma legal que defina el mecanismo de su aplicación. Esto produciría una pugna interna de la norma que afectaría bienes jurídicos como la certeza y seguridad jurídica.

En cambio, en relación a lo expuesto por el profesor Benadava, para determinar la autoejecutabilidad de una norma, nos bastaría con recurrir al elemento literal de interpretación y determinar si estamos ante una norma de tal precisión que puede ser aplicada por si sola. Acostumbrados a un sistema de interpretación jurídica regido

⁹⁶ BENADAVA, SANTIAGO. “Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos” en “Nuevos Enfoques del Derecho Internacional”, editorial Jurídica de Chile, año 1992, pág. 42.

⁹⁷ Ibid.

principalmente por el Artículo N° 19 del Código Civil, pareciera ser esta la posición más aceptable, o al menos la que menos problemas hermenéuticos conlleva, sin embargo nos enfrentamos a una nueva interrogante: ¿cuándo estamos ante una norma precisa y, por ende, autoejecutable?.

Para resolver esa pregunta, en nuestra opinión, antes que nada tenemos que distinguir si estamos ante una norma imperativa o permisiva, o ante una norma de carácter prohibitiva, según la clasificación que emana del Artículo 1º del Código Civil. Nos serviremos de lo expuesto en el Tratado de Derecho Civil de los profesores Alessandri, Vodanovic y Somarriva, para una mejor inteligencia del punto al que tratamos de llegar:

“Las primeras (imperativas) son las que mandan hacer algo, como las que ordenan a los ciudadanos el pago de los impuestos, prestar el servicio militar, etc.

Las leyes prohibitivas son las que mandan no hacer algo, las que prohíben o impiden hacer alguna cosa, como las leyes penales.

Las leyes permisivas son las que permiten realizar algún acto o reconocen a un sujeto determinada facultad.

La ley permisiva entraña un mandato a todas las personas en el sentido de que respeten el derecho que ella reconoce al titular”⁹⁸.

En el caso de las normas imperativas y permisivas, ambas permiten la realización de una conducta determinada, donde la primera clase de normas establece requisitos para la ejecución de dicha conducta y las segundas establecen un marco de protección a la conducta un sujeto, encomiando a los demás a permitir su ejecución. En ambos casos la consecuencia de su cumplimiento es una acción positiva, sin embargo debe hacerse una distinción adicional: La contravención a la norma imperativa se produce por no ejecutar la conducta mandada en los términos establecidos y la contravención de una norma permisiva es la que realiza aquel que no se abstiene de no impedir la ejecución de la conducta por parte del que tiene derecho a

⁹⁸ ALESSANDRI R. Arturo; VODANOVIC, Antonio; SOMARRIVA, Manuel; “Tratado de Derecho civil: Partes preliminar y general”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 1998, página 116.

ella. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, en ambos tipos de normas nos encontramos ante la necesidad de una definición de cual será la conducta mandada o permitida, cual es su alcance y cuales son sus requisitos. A modo de ejemplo: El Derecho de Dominio me permite como Domini usar, gozar y disponer del bien del cual soy propietario de forma arbitraria, imponiendo a todos los demás sujetos la prohibición entorpecer el ejercicio de mi derecho, pero a su vez, esa permisión tiene un límite que es la ley y el derecho ajeno⁹⁹. Esto quiere decir que no estoy obligado a ejercer mi derecho de dominio (no es imperativo), pero de hacerlo tengo límites. Lo mismo sucede en las normas imperativas en que cualquier otra conducta que varíe de la mandada a realizar no será válida y estará sujeta a la sanción pertinente que el derecho establezca.

Las normas prohibitivas, en cambio, carecen de tan sofisticada elaboración, en tanto impiden la realización de un acto o conducta bajo todo respecto o circunstancia. En este caso, el hecho prohibido no se puede ejecutar en ninguna forma, pues de poder realizarse en alguna de ellas la norma sería imperativa. La norma prohibitiva establece una obligación de no hacer, cuya contravención tiene como regla general la sanción del Artículo 10 del Código Civil (esto es “nulos y de ningún valor”) que es propiamente la nulidad absoluta, o las sanciones que puedan existir en normas especiales, como sucede a propósito de la responsabilidad contractual, donde podría sancionarse la destrucción de lo realizado o la indemnización de perjuicios, o en la sede extracontractual que es la indemnización de perjuicios. Por el contrario, en el caso de las normas imperativas se presenta la necesidad de distinguir de qué tipo de contravención se trata para determinar su sanción.

Por todo lo dicho anteriormente podemos concluir que una norma prohibitiva es intrínsecamente precisa, pues no necesita otra cosa que proscribir absolutamente una conducta para poder ser aplicada. Las normas imperativas y permisivas por su parte, requieren de una descripción detallada de la conducta mandada o permitida con sus requisitos y límites y, en el caso de las primeras, las sanciones correspondientes a su contravención. Solo cumpliendo con estas condiciones, este tipo de normas se

⁹⁹ Esto de acuerdo a lo que versa el artículo 582 del Código Civil: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

entenderán precisas. Es por esto que podemos señalar que las normas prohibitivas que emanan de tratados internacionales son generalmente autoejecutables y las imperativas y permisivas estarán sujetas a un análisis de precisión normativa.

B.2.) Autoejecutabilidad de Tratados Internacionales de Derecho Ambiental

Siguiendo el desarrollo de las secciones anteriores, los parámetros expuestos nos entregan las características generales de acuerdo a las cuales podemos identificar en qué casos estamos ante un tratado internacional ambiental autoejecutable. Como primera salvedad podemos decir que es en extremo dificultoso encontrar un tratado ambiental directamente ejecutable en su totalidad, debido a la técnica con que dichas normas son redactadas, esto, con referencia a una elaboración legislativa interna que los complementa y los regule pormenorizadamente. Sin embargo, esta no es una realidad de la que estén exentas, incluso, las leyes internas, las cuales se refieren a la condición de la dictación de un reglamento complementario para la aplicación, o directamente la vigencia, de algunos de sus preceptos y hasta de la ley en su conjunto. Con esto queremos decir que la redirección a normativa complementaria no es una característica distintiva, propia o inherente a este tipo de tratados, sino que es un atributo del que adolecen normas de todo tipo dentro de la estructura del ordenamiento jurídico como sistema.

Teniendo la claridad de lo recién expuesto, nos referiremos entonces al contenido de fondo que debe tener un tratado para ser considerado autoejecutable. Si seguimos la tesis del profesor Nogueira, esto es evaluar el elemento intencional, podemos decir lo siguiente: Se debe considerar como autoejecutable un tratado que tiene la intención de establecer derechos sustanciales para las personas (debemos especificar que se trata de las personas habitantes de los estados miembros), exigibles al juez o autoridad competente y, que por sus características, son complementarios a las garantías esenciales reconocidas con rango constitucional y que por esta razón

quedan abarcadas por la hipótesis de la norma de cierre del artículo 5º, inciso segundo¹⁰⁰ de la Constitución Política de República.

Las aristas de los derechos fundamentales que están protegidos de forma efectiva por nuestra Carta Suprema las encontramos a propósito de la construcción de la acción constitucional de protección en el artículo 20 de dicha norma, y son la privación, la perturbación y la amenaza de tales derechos. Es por esto que los tratados a los que tenemos que atender como reglas complementarias o constituyentes de derechos fundamentales, son las que crean derechos sustanciales susceptibles de ser protegidos en las aristas mencionadas. Esto excluye a aquellos tratados que establecen normas meramente reglamentarias, destinadas a establecer parámetros de aplicación pormenorizada para ser concretados por los estados miembros. Esta es la diferencia que encontramos, por ejemplo, entre una norma como la Convención de Washington para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, que establece derechos sustantivos para las personas en su garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y una norma como el Convenio de Basilea que regula materias de relaciones entre estados como sería el control del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos. En un caso, los titulares de los derechos que establece son las personas y en el otro, los Estados. Ambos son tratados internacionales de Derecho del Medio Ambiente, pero difieren en su finalidad y por ende en las características que permiten determinar su autoejecutabilidad o falta de ella.

Otro ejemplo que podríamos utilizar, es el caso de los Tratados de Libre Comercio que Chile ha celebrado últimamente. Tal como su nombre lo dice, son acuerdos que tienen por finalidad regular relaciones de comercio entre los Estados contratantes, sin embargo algunos de ellos establecen capítulos especiales sobre Medio Ambiente (cobran más importancia en este sentido los TLC's con Estados Unidos y Canadá). En el sentido del desarrollo expuesto, las normas ambientales fijadas por este tipo de tratados bilaterales tampoco serían autoejecutables, en tanto no establecen derechos exigibles por los particulares de forma directa ante los tribunales y

¹⁰⁰ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

las autoridades administrativas, sino que consagran obligaciones exigibles entre los Estados suscriptores, además de establecer instancias específicas de examen y exigibilidad de dichas obligaciones. No obstante lo anterior, las obligaciones de los Estados dicen relación con elevar los estándares de protección ecológica con la finalidad de reducir el impacto ambiental específico que tiene un producto que se comercializa en el marco del TLC, esto tanto en los procesos de su elaboración como en su consumo y degradación.

Si seguimos la tesis del profesor Benadava, en cambio, el análisis que podemos dar al respecto, se hace más breve y fácil: debemos estar a la precisión de la norma, esto tomando en cuenta lo ya desarrollado sobre la clasificación de las leyes según el Artículo 1 del Código Civil. Cuando un tratado ambiental establece una norma de carácter prohibitivo, esta norma será, por regla general, considerada como autoejecutable; y cuando se trate de otro tipo de norma será examinada en cuanto a su precisión. Además, ninguna de estas normas será autoejecutable cuando expresamente se establezca la necesidad de dictar una normativa interna para su aplicación.

Un ejemplo de una norma prohibitiva autoejecutable, lo encontramos en la ya mencionada Convención de Washington y que pasamos a transcribir a continuación:

*“**Artículo III.-** Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por la acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.” (el subrayado es nuestro).*

De acuerdo al artículo antes citado, queda prohibida toda explotación comercial de las riquezas existentes dentro de un parque nacional. La disposición goza de precisión normativa y no requiere ser complementada por otra para su inteligencia o aplicación, esto pues no procede discutir como una conducta debe “no ser llevada a cabo”, en atención a que se encuentra impedida de forma absoluta.

Todo lo dicho no obsta a que los instrumentos internacionales que no pueden ser autoejecutados, puedan ser de todas maneras invocados por particulares en sede tanto jurisdiccional como administrativa en relación a los principios generales

(revisados latamente en el capítulo segundo de esta investigación) que los inspiran y la forma en como dichas normas los consagran en su generalidad. Con esto queremos decir que, siguiendo el ejemplo citado en el párrafo anterior, si bien el Convenio de Basilea no puede ser invocado por una persona ante el juez o autoridad administrativa con la finalidad de obtener una decisión fundada en sus preceptos como normativa sustancial del fondo del asunto controvertido, esto no quiere decir que la materia sobre la cual recae quede sin aplicación en el sentido que los principios que la fundan y motivan manifiestan una necesidad real de proteger el medio ambiente para preservar la salud humana y aquellos recursos que sirven para sustentar la vida del hombre. A saber, no podemos exigir en tribunales o en el SEIA el cumplimiento de la obligación entre estados de (en sentido amplio) de no trasladar desechos peligrosos fuera de la frontera, pero debido a la clara intención de la norma, es evidente que su sentido fundamental es que tales desechos son nocivos para el medio ambiente y la salud de las personas, por lo que si la podríamos invocar mediante el principio preventivo que ella contiene, con la finalidad de entregar al juez o a la autoridad administrativa mayores herramientas para ponderar la peligrosidad de la actividad que se encuentra en evaluación.

C. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como derecho humano.

La discusión expuesta con anterioridad no tendría sentido si consideráramos al Derecho a la Protección Ambiental, o el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho meramente material o disponible que, como tal, es fácilmente limitable y transable o, más aun, que pudiese entrar en un conflicto de derechos real y efectivo con algún otro derecho de tales características (esto, en el sentido de que entre un derecho privado y disponible y un derecho público y absoluto existe una pugna solo aparente¹⁰¹). Según lo hemos visto con detalle en el capítulo

¹⁰¹ Esta aseveración, le hemos tomado desde el punto de vista de que el juez, enfrentado a decidir entre proteger un derecho esencial o un derecho disponible de contenido privado, siempre va a tener que elegir el derecho de mayor valor. Es por esto que no hay pugna real entre esta clase de derechos. Distinta situación sucede cuando se enfrenta a la decisión entre dos derechos de la misma naturaleza. Podemos ver reflejada esta doctrina en el artículo 19 N° 8 inciso 2do de la Constitución, que consagra que “*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”, poniendo de manifiesto la superioridad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación con respecto a otros derechos.

segundo de esta memoria, la preocupación sobre el medio ambiente contenida en los instrumentos internacionales y en los principios que los informan, corresponde a una cuestión de características supranacionales (claramente expuesto respecto del principio de Conservación de la Diversidad Biológica, por ejemplo) y la definición de su jerarquía normativa está determinada por la discusión expuesta en el capítulo primero. En relación a esto último, trataremos de comprobar que la solución correcta a la interrogante sobre la jerarquía de un tratado internacional de contenido ambiental es darle rango constitucional, cuando cumplen ciertos requisitos de fondo que, en rigor, son los requisitos que cualquier norma debe cumplir para ser considerada como reguladora de un Derecho Humano. Es esa precisamente la caracterización que pretendemos hacer a continuación: qué entendemos como derecho humano y por qué debiésemos considerar el medio ambiente como parte de esos derechos.

C.1.) Lugar del derecho al medio ambiente en los Derechos Humanos

Partiremos haciéndonos cargo del hecho de que la discusión es bastante reciente (nace en la década de 1980) y aún despierta cierta reticencia en algunos sectores de la doctrina, no obstante se reconoce casi sin controversia que entre los Derechos Humanos de Tercera Generación o Derechos de la Solidaridad de los Pueblos¹⁰², está el medio ambiente como quizá uno de los más importantes. Sobre la real naturaleza e importancia del derecho al medio ambiente y la necesidad de darle una categoría prevalente dentro de los derechos humanos, encontramos especialmente pertinente la reflexión que pasamos a transcribir a continuación: *"El derecho a la vida puede ser considerado un prerrequisito para los demás derechos. Por otro lado, la vida requiere condiciones ambientales generales (procesos ecológicos preservados, atmósfera protectora y servicios ambientales) y específicas (abrigo, agua, alimento y aire que atiendan determinados estándares cualitativos y cuantitativos) que*

¹⁰² "Se empieza a considerar para la aplicación de los derechos de tercera generación al pueblo como sujeto y no solamente al estado, por lo que el derecho internacional ya no puede verse más como un derecho solamente interestatal cuyos sujetos son estados, sino que por el contrario las personas que forman el pueblo son los beneficiados de dichos derechos". En Estrada López, Elías; "Derechos de Tercera Generación", disponible en línea en <<http://www.revistanotarios.com/files/Derechos%20de%20Tercera%20Generacion.pdf>> [fecha de consulta: 5 de marzo de 2012].

*permitan desarrollar una existencia digna. Sin esas condiciones, la vida no es posible o es eliminada*¹⁰³.

Esto no quiere decir que la respuesta que buscamos sea de fácil acceso, pues no hay demasiado material doctrinario que se haya dedicado a pormenorizar el tratamiento que se le debe dar al medio ambiente como derecho humano. Sin embargo, esta falta de desarrollo no es patrimonio del derecho humano al medio ambiente, si no que en general los derechos humanos de tercera generación no han sido distinguidos por la doctrina en nada fundamental de los derechos de primera y segunda generación, lo que implica un nivel de protección análogo para todos ellos. Esto resulta bastante de perogrullo, pues no existe razón alguna para distinguir grados de importancia de los derechos humanos, a no ser que exista una pugna entre ellos y sea necesario decidir entre uno u otro, lo cual es extremadamente difícil de que suceda en la realidad, ya que entre ellos actúan como complementarios más que como derechos aislados (por ejemplo, el derecho al medio ambiente tiene una relación directa con el derecho a la salud, el cual es un derecho humano de segunda generación).

Es necesario que revisemos brevemente qué es lo que caracteriza a un derecho humano y cómo el derecho al medio ambiente se subsume en dichas características, esto con la finalidad de dilucidar el origen de las problemáticas que enfrenta en su debida aplicación tanto sede jurisdiccional como en sede administrativa, tal como quedó de manifiesto con la exposición realizada en el capítulo tercero de esta investigación.

A propósito podemos partir señalando que *“El sistema normativo de derechos humanos no constituye una estructura jurídica rígida. La comprensión de sus normas gana nueva percepción que va ampliándose a la medida que surgen nuevas amenazas que ponen en riesgo la posibilidad de los seres humanos lograr vida plena y digna. En ese sentido, la degradación ambiental constituye una de las principales amenazas al*

¹⁰³ FERREIRA DE CARVALHO, Edson; “La contribución del derecho humano internacional a la protección ambiental: Integrar para mejor cuidar la tierra y la humanidad”; Disponible en línea en: <http://www.auilr.org/pdf/24/24-1-7.pdf> [fecha de consulta: 9 de marzo de 2012], página 146.

disfrute de los derechos humanos. Los derechos a la vida y a la salud son normas consagradas universalmente como derechos humanos inderogables. El goce de esos derechos abarca la imposición a los Estados del deber de proteger el medio ambiente, sea a través de la abstención de promover acciones que causen degradación ambiental y ponen la vida y la salud de las personas en peligro, o sea en la forma de acción, una vez que los Estados deben buscar, utilizar lo máximo posible de sus recursos para asegurar el acceso al agua potable, al aire limpio, a alimentos saludables, bien como propiciar ambiente sin polución y seguridad alimentaria y ecológica a largo plazo.”¹⁰⁴

Según las autoras Romina Picolotti y Sofia Bordenave¹⁰⁵, existen tres elementos característicos de los derechos humanos o más propiamente, que corresponden a aquellos elementos que poseen de forma inherente que han permitido su justiciabilidad o aplicación directa por parte de las autoridades estatales. El primero está dado por la consideración de los derechos humanos como derechos fundamentales: la posibilidad de la convivencia social está dada por la existencia de normas y principios que implican la concepción de valores inmutables, de límites intrasgredibles, de normas internalizadas en la conciencia colectiva como pilares inmovibles y no sujetos a controversias, los derechos humanos son los depositarios de este pétreo núcleo normativo. El segundo es el consenso general en torno a estos derechos que implican su cristalización jurídica a escala internacional a través de tratados y declaraciones con vocación universal y su incorporación con jerarquía constitucional a los sistemas jurídicos internos de los Estados. El tercer elemento reside en la posibilidad de los individuos de acceder a la justicia para reclamar la exigibilidad de estas normas y la aplicación de principios sustantivos y procesales específicos de la rama de los derechos humanos en casos concretos. Este acceso a la justicia importa en sí mismo un derecho humano del que las personas no pueden verse privados.

¹⁰⁴ FERREIRA DE CARVALHO, Edson, Op Cit.; Pág. 148.

¹⁰⁵ Picolotti, Romina y Bordenave, Sofia “La Justiciabilidad del Derecho Ambiental desde una Perspectiva de Derechos Humanos”, disponible en línea en <<http://www.estrucplan.com.ar/Articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=242>> [fecha de consulta 5 de marzo de 2012].

De acuerdo a la caracterización antedicha, queda más o menos de manifiesto los problemas que enfrenta el derecho al medio ambiente como derecho humano en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre el primer elemento no hay demasiado que comentar. En cuanto al segundo, la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados y declaraciones que los tratan, sí nos encontramos ante un obstáculo en cuanto a la falta de claridad y uniformidad de, por un lado, las vías de recepción de dichas normas en el ordenamiento interno y, por otro, la ausencia de homogeneidad en el criterio interpretativo a seguir para determinar el rango de las normas de los tratados nacionales, a partir de la regla difusa dada por el artículo 5º de la nuestra Constitución Política. Finalmente, a propósito del tercer elemento enunciado, el acceso de las personas a reclamar su exigibilidad requiere de un examen honesto, pero constructivo.

C.2.) Rango legal de un tratado internacional de Medio Ambiente.

Con la idea de la calidad del derecho al medio ambiente como un derecho humano, podemos retomar lo desarrollado respecto al rango jerárquico que ocupan los tratados de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico. A propósito podemos reiterar la característica confusión de la norma que en nuestra Carta Fundamental reconoce el valor jurídico de dichos tratados, la cual denota una cierta reticencia del orden interno a aceptar, validar e incorporar normas internacionales para que cumplan un rol análogo al que cumplen las normas creadas soberanamente por las propias autoridades nacionales. Esta intención institucionalizada con gran arraigo en nuestra idiosincrasia jurídica se ve refrendada por el hecho de que, no obstante la copiosa celebración de la más diversa gama de instrumentos internacionales por parte del Estado de Chile, la norma de recepción (evidentemente confusa y precaria, por tanto, objeto de críticas de diversos sectores de la doctrina) no ha sido modificada en los más de 30 años de vida de nuestra Constitución Política.

Resulta de sumo útil e interesante el ejercicio que el profesor Emilio Pfeffer realiza respecto de la realidad comparada de las normas constitucionales que dan valor a los tratados internacionales, en particular sobre las descripciones del

constitucionalismo moderno en Europa¹⁰⁶ y en el resto de Latinoamérica¹⁰⁷. De este análisis se puede ver que Chile está evidentemente un paso atrás respecto de sus vecinos desde el punto de vista normativo y las soluciones que nos permiten otorgar un valor determinado a uno u otro tratado internacional, pasa al plano de la interpretación. En este sentido podemos aseverar que al tenor de la regla del artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República de Chile, no es el tratado en si el que ocupa un lugar preferente a la ley dentro del ordenamiento jurídico, sino que las normas que estos contienen y que se refieren a derechos fundamentales asegurándolos o reconociéndolos. Para clarificar este particular, utilizaremos el mismo ejemplo que utilizamos sobre el final de la sección anterior acerca de autoejecutabilidad. Nos encontramos por ejemplo, con la Convención de Washington para la Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, que es un tratado que reconoce un derecho esencial a la protección de la biodiversidad cuyo titular es ampliamente la persona humana. En la otra cara de la moneda, nos encontramos con el Convenio de Basilea, que regula relaciones transfronterizas respecto del transporte de ciertas sustancias consideradas tóxicas, cuyos titulares son los Estados. Ambas son normas internacionales de medio ambiente, sin embargo la primera tiene un transfondo de derechos humanos y la segunda obedece más a criterios economicistas de evitar hacer daño al vecino en un sentido patrimonial. Esto, insistimos, sin que signifique su total ineficacia respecto de relaciones privadas entre particulares o entre particulares y el Estado, pues se trata de normativa vigente la cual por lo menos obliga con su sentido inherente a través de los principios generales que de ella emanan.

¹⁰⁶ “En efecto, la revisión de diversos textos europeos permite concluir que la tendencia hoy es al denominado Estado abierto o internacionalista. Así, por ejemplo, se observa en la Constitución Alemana que señala: «Las reglas del derecho internacional constituyen parte integrante del ordenamiento jurídico federal, tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y deberes directos para los habitantes del territorio federal», agregando la misma Ley Fundamental: «Si en un litigio judicial fuere dudoso si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos, e tribunal deberá recabar el pronunciamiento al Tribunal Constitucional Federal»” en PFEFFER URQUIAGA, Emilio. LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU UBICACIÓN EN EL ORDEN NORMATIVO INTERNO. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2012-03-08], pp. 467-484 . Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 8 de marzo de 2012].

¹⁰⁷ “

Retomando lo dicho anteriormente, una vez reconocido el contenido de derecho esencial dentro de la norma de derecho internacional, sumado al examen que el juez hace sobre la autoejecutabilidad de la misma norma en los términos que ya hemos desarrollado, nos encontramos con una norma que puede ser aplicada en uso de la hipótesis del artículo 5 inciso 2º de la Constitución. El profesor Pfeffer distingue dos sedes donde se hace una construcción diversa sobre el lugar ocupado por la norma internacional, la primera respecto del Tribunal Constitucional y la segunda respecto de los Tribunales Ordinarios, sin embargo ambos argumentos confluyen en la misma conclusión al momento de aplicarlas: Los tratados internacionales que recaen sobre derechos fundamentales, se ubican en un escalafón jerárquico intermedio entre la Ley y la Constitución.

Respecto de la interpretación del Tribunal Constitucional, este órgano *“ha reconocido la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado, señalando que resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en su articulado. De allí que dicha prevalencia, tanto e la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos, en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario”*¹⁰⁸.

La reflexión que a continuación rescata, sobre la posición de los Tribunales Ordinarios, es bastante interesante como para concluir con una confirmación de lo que hemos venido desarrollando, en cuanto a las posibilidades de aplicación directa de los tratados internacionales y para afirmar que, en definitiva, no corresponde discriminar o ignorar dentro de esta esfera a los tratados que regulan derechos esenciales con contenido ambiental. Se señala entonces que *“distinta ha sido la situación cuando los Tribunales Ordinarios, enfrentados a resolver entre la aplicación de una norma internacional y una ley, se han inclinado por darle efectividad a la primera si ella protege con mayor amplitud y efectividad el derecho”*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. Op cit.

¹⁰⁹ Ibid.

C.3.) Rol en la interpretación de autoridad.

Ya hemos expuesto en el capítulo segundo los escollos con que podría una pretensión de revisión o impugnación de una Resolución de Calificación Ambiental en sede jurisprudencial en cuanto a las posibilidades de éxito que podría tener, versus la ponderación que el juez realiza sobre su propio rol de guardián de los derechos fundamentales respecto de una amenaza impetrada por un acto administrativo de esta naturaleza. En este sentido, el juez tiene la decisión de redefinir su rol como garante de los derechos conculcados o prolongar su labor en el automatismo de rechazar este tipo de pretensiones basándose en que corresponden al ámbito técnico del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Con la consideración que planteamos previamente en este acápite queda claro que la decisión correcta sería la primera, pues además de lo planteado en el mencionado capítulo (a propósito de que no necesariamente un acto es completamente legal aún si ha sido pronunciado en cumplimiento de un procedimiento administrativo definido por la ley), podemos sumar que el juez se encontraría en una pugna de un Derecho Disponible (el derecho del privado a explotar una actividad comercial) contra una Garantía Fundamental (el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación). Esta interpretación permitiría que la vulneración o la amenaza al medio ambiente sea más susceptible de protección en ambas sedes que las que recibe actualmente, asumiendo que el riesgo de su lesión, por el hecho de ser un derecho común a todos los hombres, tiene un valor mayor al beneficio particular que la actividad infractora genera para su titular y, residualmente, para la sociedad.

D. Papel de los Principios Generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Resuelta la cuestión de la naturaleza del contenido de la norma internacional de medio ambiente y que hemos podido caracterizar como un derecho humano, además de concedido el carácter de autoejecutable de la misma norma, lo único que nos queda determinar para la operatividad total de la norma con el fin de que sea aplicada directamente por el juez, es que los derechos consagrados se hagan exigibles.

En este punto es donde finalmente caemos en el tema de la interpretación judicial propiamente tal, donde, aparte de las reglas tradicionales del Código Civil (elementos Gramatical, Histórico, Sistemático, Lógico y Equidad Natural), encontramos aquellas propias del estatuto que se debe aplicar. A saber, el artículo 27 (sobre el derecho interno y la observancia de los tratados) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, señala que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”. Por otro lado, el artículo 29 (sobre el ámbito territorial de los tratados) de la misma Convención, establece que “*Un tratado será obligatorio por cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una disposición diferente se desprenda de él o conste de otro modo*”. Estas dos normas son las más importantes al momento de realizar la interpretación judicial de la norma de derecho internacional, y que el juez debe considerar con el fin de que sean armonizadas con las reglas interpretativas de derecho interno.

Los principios, por su parte, cumplen un rol general como inspiradores, informadores y sustentadores de la norma positiva, “*de tal manera que estos principios constituyen una directriz eficaz para el intérprete y aplicador del derecho al momento de imprimir unidad, lógica y coherencia a su decisión concreta, aportando una determinada racionalidad jurídica, dependiendo de la materia de que se trata*”¹¹⁰. Para esto resulta necesario enfatizar el hecho de que reglas y principios conviven dentro del sistema jurídico en un plano de igualdad y entre sí se complementan, y que, como hemos señalado previamente en el capítulo segundo, ambas comparten la característica de ser normas jurídicas, esto es, enunciados prescriptivos que mandan, prohíben o permiten ciertas conductas humanas. Como consecuencia de esto, tanto reglas como principios obligan al juez y, por ende, debiesen formar parte de su proceder intelectual para llegar a una determinada solución en un caso sometido a su conocimiento. Esto en ningún caso se condice con la disímil realidad que hemos

¹¹⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “LA CORTE SUPREMA Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: UN PROCESO ESPERANZADOR”. *Estudios constitucionales* [online]. 2009, vol.7, n.1 [citado 2012-03-10], pp. 91-136. Disponible en línea en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000100004&lng=es&nrm=is [fecha de consulta: 10 de marzo de 2012].

podido apreciar en los casos analizados en el capítulo precedente, pues que como se dejó de manifiesto, pareciera ser que los jueces no reconocen su obligación de aplicar una norma internacional vigente e incorporada de forma legal al ordenamiento interno, sino que su aplicación se da una forma eventual y arbitraria, motivada probablemente por razones de conveniencia intelectual, en el sentido de que se aplican solo cuando esto no traiga demasiadas dudas. Sin embargo, debido a los límites metodológicos propios de esta investigación, no podemos aseverar que esta realidad se viva respecto de todo tipo de principios de derecho internacional y la conclusión vale solo respecto de aquellos enumerados y explicados en el capítulo segundo de este documento, esto es, aquellos correspondientes al Derecho Internacional del Medio Ambiente. Respecto de los demás principios, según un detallado examen realizado por el profesor Gonzalo Aguilar, *“la Corte Suprema ha incorporado algunos de estos principios en sentencias relacionadas, de una u otra manera, con el Derecho Internacional, ya sea por la vía de los crímenes internacionales o del derecho de los tratados. Algunos de los principios que se pueden mencionar reconocidos expresamente por la Corte Suprema son el principio de buena fe, el principio de supremacía del Derecho Internacional, el principio de incorporación automática, la conciencia jurídica universal, el principio del trato humanitario mínimo, el principio de humanidad y el principio de reparación integral”*¹¹¹.

No consideramos necesario reiterar la naturaleza de los principios que hemos analizado latamente en el capítulo segundo, en tanto creemos que ya han sido debidamente descritos, además de solucionadas las posibles interrogantes o detracciones de las que podrían ser objeto. La función que el presente capítulo cumple a ese respecto, es de incorporarlos a aquellas normas que, como dijimos, al igual que las reglas positivas o codificadas, obligan al juez al momento de realizar su interpretación y, como consecuencia de ella, decidir sobre un caso particular. En suma a esto, encontramos la presencia de un principio más macro, cuya existencia difícilmente podría ser controvertida por órgano alguna y que, en su aplicación, abre la puerta para que los demás principios mencionados (nos referimos nuevamente a los principios jurídicos medioambientales) puedan ser utilizados como informadores de una

¹¹¹ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo; Op. Cit.

decisión en un acto de autoridad de la forma en que hemos venido exponiéndolo: Este es el principio "*Pro Homine*".

El principio Pro Homine, sin perjuicio de las reglas tradicionales de interpretación, plasmadas principalmente en los artículos 19 a 24 del Código Civil, nos permite la elaboración de una norma orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que provea una protección más idónea de los derechos fundamentales del ser humano. La meta principal es reconocer derechos al ser humano, -que son los mismos que han sido clasificados dentro de las tres generaciones de Derechos Humanos-, por lo cual el ejercicio hermenéutico en la interpretación de autoridad debe hacerse a favor de la persona, esto es, es necesario que se elija aquella que mejor proteja al individuo o la víctima de una vulneración o amenaza a sus derechos humanos. Este principio de interpretación Pro Homine, debe ser inspirador del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y representar una fundamental e indispensable regla de interpretación jurídica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos.

CONCLUSIONES

Creemos que ante los datos y reflexiones que forman parte de esta investigación, se revela ante nosotros la necesidad de fortalecer de forma indubitable la aplicación directa de los tratados internacionales. Más allá de las causas que hemos mencionado en el capítulo segundo creemos que en general la ineficacia es un fenómeno transversal que afecta la certeza que un ordenamiento y sus agentes que involucrados, puedan tener en estos instrumentos, y que se manifiesta desde la génesis hasta la instancia de aplicación.

Antes de entrar a las conclusiones que configuran lo propiamente medular de la presente investigación, nos referiremos a aquellas ideas centrales que podemos rescatar de lo que hemos desarrollado a modo de marco teórico, las cuales nos han servido para circunscribir y sustentar todo lo expuesto en este documento. En particular, resulta necesario insistir en el asunto de la titularidad del Derecho del Medio Ambiente y, a través de este análisis, llegar a revelar los mecanismos que permiten tutelar dicho derecho. Para esto, tenemos dos nociones que fueron rescatadas con anterioridad: En primer lugar, la naturaleza del Derecho del Medio Ambiente como la rama de las Ciencias Jurídicas que estudia, regula y rige las relaciones de las personas en sus interacciones con el entorno biológico y abiótico que conforma el ecosistema, estructura dentro de la cual se desarrolla la vida y, en consecuencia, todas las actividades humanas que tienen lugar.

Mal se podría otorgar titularidad de Derechos o atribuciones de personalidad a algo que no es persona. El Medio Ambiente no es otra cosa que un conjunto de factores vivos e inertes que conjugados permiten la existencia, siendo el hombre parte del Medio Ambiente a su vez, pues actúa como agente de cambio o impacto y de aprovechamiento de él (desde lo más básico: sustentar su propia vida; a lo más sofisticado como servirse económicamente de las sustancias que la naturaleza provee). En este sentido, si bien "*la persona es medio ambiente*", no podemos revertir el aforsimo para decir "*el medio ambiente es persona*", esto pues, así como tendríamos que reconocer derechos a entes que son propiamente cosas que pueden tener vida

(animales y vegetales, en particular), los cuales al menos desde un punto de vista ético podría discutirse si son susceptibles de un tratamiento diverso del resto de las cosas objeto de relaciones jurídicas, al hablar de “derecho del medio ambiente”, no tendríamos fundamento jurídico suficiente para no otorgar derechos a cosas carentes de vida, cosas inertes que también conforman el ecosistema, lo cual sería un completo absurdo desde cualquier punto de vista.

Es por esto que, si bien hemos utilizado reiteradamente la expresión “Derecho del Medio Ambiente”, hemos partido este estudio haciendo la salvedad de que más correctamente se trata de un Derecho al ambiente, cuyo titular son precisamente los sujetos de derecho que tradicionalmente reconocemos en las Ciencias Jurídicas: la persona natural y la persona jurídica. La utilización de la locución “Derecho del Medio Ambiente” se debe más a un uso validado por la costumbre doctrinaria que a la consagración de lo que el texto expreso de dicha locución parece decir.

Ya entrando al tema central de la investigación, en la etapa de origen de los tratados ambientales, hemos vislumbrado la falta de voluntad política de muchos Estados y en particular Chile, a someterse a un ordenamiento supranacional protector del ecosistema. La persistente reticencia de estos sujetos de derecho internacional de alinearse ante la comunidad y organismos internacionales, en cuanto a dejar de lado la hegemonía del principio de soberanía, en beneficio de la cooperación internacional y la consagración a la protección global y al interés común de la humanidad por la protección de los elementos biológicos básicos para la substanciación de la vida y la cultura humana, ha trascendido en la manifestación en norma positiva de una regulación difusa y abstracta. Son aislados los casos¹¹² en que existiendo un instrumento ratificado de caracteres evidentemente ineficaces, la voluntad de los Estados contribuye a la concreción de sus normas por medio de un instrumento complementario. La resistencia a la regulación transfronteriza y el revestimiento de la soberanía como principio rector puede, sin embargo, fundarse de manera

¹¹² Ya hemos abordado en esta investigación el caso de la convención de Viena de los desechos peligrosos que debido a su carácter difuso e ineficaz se requirió complementarlo con un instrumento más efectivo como es el protocolo de Kyoto de 1992 sobre Cambio Climático.

perfectamente plausibles. Al respecto la profesora Ximena Fuentes Torrijo discrepa de las posturas más cercanas a la regulación supranacional y aboga por el reforzamiento y democratización de los órganos de derecho interno; todo ello mirando con suspicacia la regulación de un estado por entes internacionales que responden mayoritariamente a la voluntad de Estados más poderosos¹¹³. La soberanía y autonomía del Estado se funda en ese sentido como garantía de mayor democratización de las legislaciones domésticas. Comprendiendo los fundamentos argüidos, no simpatizamos con ese postulado por una razón claramente de contenido: la legislación ambiental interna se integra de un conjunto de normas, pero lo que hace transformar un conjunto de reglas en un sistema normativo son los principios que le invisten de contenido, y la fuente de esos recursos se integran a la legislación ambiental por medio de los acuerdos internacionales de la rama.

Desplazándonos a dimensiones de derecho interno; el gran problema de que adolece la indeterminación de la fuerza vinculante de los tratados ambientales en el proceso de recepción, es sin duda el carácter de norma abierta contenida en el Artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política, que evidentemente no es una norma cuyo planteamiento medular sea definir de manera general la suerte de los instrumentos ratificados por Chile que se incorporan a nuestra legislación; sino más bien establecer límites al ejercicio de la soberanía. Desprender de dicho texto una cláusula de cierre que defina el valor jurídico ya sea legal, supralegal o constitucional de la norma internacional, queda al absoluto margen de la doctrina; lo cual no nos entrega una suficiente garantía del reconocimiento efectivo que la jurisprudencia judicial y administrativa de su posición en el sistema jurídico. Al respecto nuestro concepto de eficacia nos lleva a pensar que el valor jurídico de la norma internacional no se satisface con la mero reconocimiento expreso de que un tratado, es decir, no se agota con la mera mención de que el tratado es ley de la república¹¹⁴. El valor o posición jerárquica de la norma transfronteriza se mide en términos de cómo resuelve el ente decisor la oposición que se presenta entre los derechos protectores del

¹¹³ FUENTES, Ximena, Op. Cit Pag 34.

¹¹⁴ Ver sentencia Corte de Apelaciones en causa “**Humberto Palza Corvacho y otros contra Dirección de Riego**” contenida en el Anexo B.

ecosistema frente a aquellos de carácter socioeconómicos que impliquen un eventual daño. Esa es sin duda la prueba categórica de que en la conciencia de quienes aplican las leyes, el tratado ambiental existe dentro de la legislación como norma general y obligatoria. Por lo pronto nos hemos revestido de los postulados que plantea la doctrina del derecho ambiental, como parte fundamental de los derechos humanos para argumentar el valor supralegal de los tratados, buscando así generar una respuesta en la conciencia del juez al momento de la ponderación.

La tercera y última fase importa en estricto rigor la principal motivación de este trabajo, y que analizamos de manera empírica en el capítulo tercero, la conducta de los órganos que aplican las leyes manifestada en los fallos, no importa más que el alarmante corolario que la multiplicidad de causas de debilitamiento normativo provocan en la argumentación de sentencia o dictamen. Los jueces y autoridades ambientales propenden al alejamiento del contenido de la norma, a la desestimación arbitraria de su mandato, al carente esfuerzo de profundizar su esencia y el débil sopesar frente al argumento del proponente, quien ve incluso en el razonamiento del juez una vía de reproducción de sus propios argumentos, ahora convertidos en una decisión revestida de la fuerza que le otorga la ley. Ese es sin duda el golpe de gracia a toda opción de trascendencia de la normativa internacional.

Del examen de los fallos en el capítulo tercero, podemos realizar un diagnóstico de forma más o menos certera sobre la realidad en que devienen las normas ambientales de tratados internacionales en nuestro ordenamiento. Por un lado, nos encontramos que la autoridad administrativa no pondera con seriedad los argumentos esgrimidos en las participaciones ciudadanas cuando estos están fundamentados en preceptos de derecho internacional y los desestima de una forma casi automática ajustada a la fórmula de la no autoejecutabilidad (absoluta, sin desarrollo ni justificación suficiente) y la redirección a una norma de derecho interno que, por lo general, no ha sido dictada. Aún más, si ese rechazo no se da en la forma automática que hemos mencionado, el ejercicio intelectual que se hace para dejar dichas disposiciones sin aplicación es mucho más intrincado y artificioso de lo que hubiese sido aquel destinado a otorgar el debido valor normativo que, según su naturaleza, les corresponden.

En segundo lugar, en sede jurisdiccional se da una situación bastante análoga, con una u otra excepción afortunada, pero que claramente no hace regla. En esta sede, también la suerte de las normas internacionales de medio ambiente es difusa, poco homogénea y asistémica, ahora haciendo la aclaración que dentro de esa noción de norma también encontramos a los principios generales (que, de acuerdo a lo señalado en la investigación, no existe excusa para dejarlos sin aplicación, menos por el juez dadas las obligaciones legales que pesan sobre su actividad de intérprete y aplicador). En suma a esta actitud pasiva y, desde un punto de vista un poco más radical, de cierta manera injustificadamente temerosa del juez frente a la decisión de adoptar una resolución fundada en normativa de derecho internacional, encontramos otra fórmula que, como en aquella mencionada respecto de la sede administrativa, sirve de razón suficiente para rechazar cualquier pretensión de un particular que exige la protección de su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en contra de la amenaza que deviene de la aprobación de una Resolución de Calificación Ambiental sin ajuste a los estándares ambientales consagrados en el ordenamiento jurídico o derechamente dictada contra ley. Esta fórmula es la “naturaleza técnica” de dichas resoluciones y la necesidad de desmarcarse de una decisión que pudiese alterar un dictamen de esas características. Esto importa un problema de gran magnitud, pues, no obstante reconocer de que efectivamente una RCA se trata de una resolución técnica, la labor del juez (en el marco del recurso de protección, que es la herramienta analizada en esta investigación) es la de guardián de las garantías fundamentales y derechos humanos que perfectamente pueden ser vulnerados o amenazados por más técnica que sea la decisión del acto impugnado. De la actitud adoptada por el juez emana la seria impresión de que no se siente lo suficientemente empoderado para dejar sin efecto una resolución administrativa, lo que en ningún caso se condice con el principio orgánico de inexcusabilidad que rige su actividad.

En tercer lugar, y como una consecuencia evidente, aunque tácita de todo lo desarrollado, como antes se enunció, también existe una grave falta de voluntad política a la hora de diseñar o implementar un marco jurídico que otorgue un valor definitivo e incontrovertido a los instrumentos internacionales que Chile ratifica, con el

fin de no provocar en las autoridades llamadas a aplicarlos, esa sensación de falta de empoderamiento o generar la necesidad de dar argumentos en extremo elaborados para determinar la posible aplicación que podrían tener al tenor de un caso particular. En más de 30 años de vigencia de nuestra Constitución aún se mantiene intacta la norma que acoge a los Tratados Internacionales dentro del ordenamiento interno, siendo que se trata de una norma vaga y, como consecuencia de esa vaguedad, otorga la posibilidad de que tanto jueces como juristas se encuentren desorientados respecto del real papel que esas normas juegan dentro del sistema jurídico. Sin embargo, parece cómodo mantenerla en tanto permite al Estado de Chile ratificar un número indeterminado de tratados, pues no tiene la claridad de si los preceptos que ellos contienen serán o no alguna vez aplicados, siendo mucho más probable que no lo sean. Si estuviéramos ante una cláusula de supremacía como aquellas analizadas en el capítulo segundo de esta memoria (Constituciones de Estados Unidos y Argentina), quizá el tema que motiva estas páginas no podría haber sido desarrollado en el mismo tenor, pues la labor de definir el rol y el alcance de los tratados en el marco del derecho interno ya estaría explicitado previamente por el constituyente.

La rigidez incólume del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, tiene un reflejo perfecto en la insistencia del legislador de no elaborar la normativa que los Tratados ordenan desarrollar para conseguir su aplicación correcta. Como mencionamos la introducción de este documento, esta realidad es una de las falencias acusadas por la OCDE en su Evaluación de Desempeño Ambiental y forma parte importante del problema que hemos ya reiteradamente designado como “falta de voluntad política”. De una forma parecida a lo que recién señalábamos sobre la cláusula de supremacía, si aquella normativa “fantasma” a la cual los Tratados se redirigen para su aplicación existiese, el tópico latamente discutido acerca de la autoejecutabilidad, tampoco hubiese sido necesario.

Ambas realidades recién expuestas, penosamente evidencian que el principio predilecto del legislador y el constituyente, es un concepto de soberanía absolutista y arcaico, en el sentido que no reconoce la vinculancia de normas adoptadas en virtud de esa misma soberanía por el hecho de no provenir de una elaboración propia. Con

esto queremos decir que Chile, como participante del contexto internacional en el que se desenvuelve, no reconoce un sentido de comunidad el cual, sobre todo en la rama de derecho ambiental, es fundamental para determinar un trasfondo ético y de convivencia mínima que deben seguir los parámetros adoptados para la regulación de sus propias conductas, todo con el fin de conducir a un “buen vivir”. Si nos permite una analogía coloquial, Chile es como un vecino que, lleno de buenas intenciones, firma un acuerdo de convivencia con el resto de la vecindad para mantener aseada la cuadra, pero que comprar los implementos de aseo y darse el tiempo y espacio para realizar la tarea no figura entre sus prioridades.

No obstante todo lo anteriormente señalado, y aunque suene irónico o sorpresivo, nos consideramos profundamente optimistas acerca de la suerte de los Tratados Internacionales de Medio Ambiente dentro del derecho chileno. Esto porque, aun en reconocimiento y crítica de las numerosas falencias con que contamos para darles a dichos instrumentos el valor normativo que merecen, creemos que las herramientas para apuntar a la sistematicidad existen y son derecho vigente (y como tal, generalmente obligatorio). Una de las herramientas integradoras analizada en el capítulo cuarto es la vía de la autoejecutabilidad del tratado, que si bien ha sido desarrollada para ser promovida, requiere de entrar en el razonamiento del juez para hacerla efectiva. El mismo caso sería posible de traspolar a las otras herramientas analizadas, tales son el Derecho al Medio Ambiente como un Derecho Humano y por la vía de los principios fundamentales contenidos en los Tratados, con lo cual hemos querido exponer y ofrecer por lo menos tres caminos interpretativos que podrían permitir una sistematicidad en la aplicación de normas internacionales tanto en sede administrativa como judicial.

El desafío queda presentado, pero para hacerlo posible primero es necesario que las autoridades aplicadoras reconozcan la necesidad de propiciar un sistema ordenado y único, esto es, no discriminando el valor de unas normas por sobre otras, reconociendo la obligatoriedad de todas ellas y asumiendo el rol que les corresponde de, por un lado, distribuidores garantistas de dispensas para ejercer actividades económicas con impacto ambiente y, por el otro, de defensores y vigilantes de los

derechos fundamentales de todos los habitantes de la nación. Esto es lo que configura nuestro subyacente optimismo, en tanto las herramientas existen, pero es tarea de los menestrales del derecho hacerse de ellas y ocuparlas para aquello que siempre debió ser el objetivo del ejercicio de sus funciones: el bien común.

BIBLIOGRAFÍA

A) LIBROS:

1. BIRNIE, Patricia y otros, "International Law & The Environment", Oxford University Press, año 2002.
2. BODANSKY, Daniel y otros; "The Oxford Handbook of International Environmental Law", Oxford University Press, 1° Ed., 2008.
3. DIEZ DE VELASCO, Manuel, "Instituciones De Derecho Internacional Publico, Madrid", 2007.
4. HENRIQUEZ VIÑAS, Myriam, "Jerarquía De Los Tratados De Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial Desde El Método De Casos", en Estudios Constitucionales, año 6, N° 2, año 2008, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
5. HUNTER, David y otros; "International Environmental Law and Policy", New York Foundation Press, 1° Ed, 2002.
6. LOPEZ ALFONSIN, Marcelo Alberto Y Tambussi, Carlos Eduardo, "El Medio Ambiente Como Derecho Humano", en "Agustín Gordillo: Derechos Humanos", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, año 1999.
7. MONTENEGRO A, Sergio, Hervé H, Dominique y Durán M, Valentina, "Los tratados ambientales: Principio y Aplicación en Chile" CONAMA, año 1999.

8. MONTENEGRO VENEGAS, Adolfo Rigoberto Fernando y Marcel Andrés Gallegos Provoste, "Dignidad Humana, Derecho Humano A Vivir En Un Medio Ambiente Sano Y Tratados Ambientales Que Protegen El Medioambiente Marino", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, año 2007.
9. REYES Sánchez, Miguel. "Los Tratados Internacionales", 2ª Ed. Editorial Cumbre, Santo Domingo, Año 2002.
10. SANDS, Philippe y otros, "Principles of International Environmental Law", Cambridge, 2º ed, año 2003.
11. YOUNG, Oran R. y otro, "The Effectiveness of International Environmental Regimes", 1º ed, The MIT Press, 1999.

B) INFORMES:

1. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos Comisión Económica para América Latina y el Caribe y CEPAL, "Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile", OCDE, año 2005.
2. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, "Implementación de Acuerdos Multilaterales Ambientales (AMA) en el Caribe: Reporte y Lineamientos", XII Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, año 2000.

C) REVISTAS Y ARTICULOS ELECTRONICOS:

1. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "LA CORTE SUPREMA Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: UN PROCESO ESPERANZADOR". Estudios constitucionales [online]. 2009, vol.7, n.1 [citado 2012-03-10], pp. 91-136. Disponible en línea en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000100004&lng=es&nrm=is [fecha de consulta: 10 de marzo de 2012].
2. DRNAS DE CLEMENT, Zlata, "Fuentes Del Derecho Internacional Del Medioambiente", año 2009, disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/fuentes-del-derecho-internacional-del-medio> > (Consulta: 22 de Marzo de 2012)
3. FUENTES, Ximena; "El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja", año 2008, disponible en: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf> (consulta: 14 de Marzo de 2012).
4. FERREIRA DE CARVALHO, Edson; La Contribución del Derecho Humano Internacional a la Protección Ambiental: Integrar para mejor cuidar la Tierra y la Humanidad, año 2008, disponible en: <http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=edson%20ferreira%20de%20carvalho&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdigitalcommons.wcl.american.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1083%26context%3Dauilr&ei=H1xqTa6IPGpsALUmLGrCQ&usq=AFQjCNGPjIYR5LjAMXxRAVjXk7_XMM-EZA&cad=rja> (Consulta: 21 de Marzo de 2012).

5. PFEFFER URQUIAGA, Emilio. LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU UBICACIÓN EN EL ORDEN NORMATIVO INTERNO. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2012-03-08], Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 8 de marzo de 2012].
6. Picolotti, Romina y Bordenave, Sofia, “La Justiciabilidad del Derecho Ambiental desde una Perspectiva de Derechos Humanos”, disponible en línea en <<http://www.estrucplan.com.ar/Articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=242>> [fecha de consulta 5 de marzo de 2012].
7. RUIZ, Ramón; “La Distinción entre Reglas y Principios y sus implicancias en la aplicación del Derecho”, disponible en: <http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf> (consulta: 14 de Marzo de 2012).

D) NORMATIVAS

1. Constitución Política de la República de Chile.
2. Convención para la Protección de la Flora y Fauna y las bellezas escénicas de América (Washington, 1941).
3. Convención de sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 1989).
4. Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajadores.
5. Convenio de las naciones unidas sobre la diversidad biológica (Río de Janeiro, 1992).

6. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (Nueva York, 1992).
7. Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados (Viena, 1969).
8. Convenio de las Naciones Unidas para la protección de la Capa de Ozono (Viena, 1985).
9. Declaración sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972).
10. Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992).
11. Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
12. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto N° 95 de 2001).

ANEXO A
JURISPRUDENCIA AMBIENTAL UTILIZADA EN CAPITULO II

“GONZALO DOMÍNGUEZ VIEYTES CON SEREMI SALUD”

Partes: Domínguez Vieytes, Gonzalo con SEREMI Salud | Recurso de Protección

Tribunal: CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ

Fecha: 15-nov-2010

VISTOS:

Con fecha 26 de julio de 2010 compareció el abogado don Patricio Escobar Abarca, en representación de don Gonzalo Domínguez Vieytes, arquitecto, domiciliado en Hijuela Las Gaviotas s/n, localidad de Bahía Salado, comuna de Caldera y en calle Las Peñas N° 3440, Las Condes, Santiago, y dedujo recurso de protección en contra del Secretario Regional Ministerial de Salud de la III Región de Atacama, don Raúl Martínez Guzmán, y concretamente, en contra de la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010, emanada de dicha autoridad, dictada para producir efectos en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto Central Termoeléctrica Castilla, la que estima arbitraria e ilegal y que afecta las garantías constitucionales contenidas en los numerales 2, 3 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Previamente, refiere el recurrente que el aludido proyecto Central Termoeléctrica Castilla fue presentado para su evaluación ante la Comisión Nacional del Medio Ambiente con fecha 10 de diciembre de 2008, por parte de la empresa titular MPX Energía de Chile, destinado a emplazarse en la Hacienda Castilla, más precisamente en el sector costero denominado Punta Cachos. Más adelante, relata las distintas fases de tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y señala que, en la etapa correspondiente, se emitieron los informes definitivos de todos los servicios públicos a los que correspondió intervenir -entre ellos, la Seremi de Salud de Atacama-, los que la CONAMA Regional hizo suyos, procediendo a elaborar el Informe Consolidado de Evaluación (I.C.E.) de fecha 29 de enero de 2010. Hace presente que el pronunciamiento de la Seremi de Salud de Atacama se encontraba contenido en el Ord. N° BS3 110/2010, de 19 de enero de 2010, emitido por la entonces titular doña María Pilar Merino

Goycoolea, quien rechazó los Permisos Ambientales Sectoriales N° 93 y 94 solicitados por la empresa titular y procedió a calificar la industria como "contaminante", haciéndola incompatible con el uso de suelo autorizado por el Plan Regulador Comunal vigente en la zona en que pretende instalarse el proyecto. Agrega que lo anterior fue expresamente señalado por la Seremi de Vivienda y Urbanismo a través de su Ord. N° 111 de 29 de enero de 2010.

Continúa señalando que, con fecha 1 de febrero de 2010, la empresa titular presentó un recurso de invalidación, reposición y jerárquico, en subsidio, en contra de la resolución pronunciada por la Seremi de Salud. La referida autoridad se pronunció a través de la Resolución Exenta N° 378 de 8 de febrero de 2010, rechazando dicho recurso, y concediendo el recurso jerárquico. Agrega que, elevados los antecedentes a la Subsecretaría de Salud Pública, mediante Resolución Exenta N° 115 de 24 de febrero de 2010, el señor Ministro de Salud declaró inadmisibles dichos recursos jerárquicos, por estimar que la intervención y facultades de la Seremi de Salud en el proceso de calificación ambiental y el otorgamiento de los permisos sectoriales, corresponde a una atribución descentralizada y, según lo declarado reiteradamente por la Contraloría General de la República, en tal caso no procede el recurso jerárquico.

Paralelamente, frente a la emisión del I.C.E. por parte de la CONAMA Regional, también la empresa titular presentó, con fecha 4 de febrero de 2010, un recurso de reposición y, en subsidio, jerárquico del artículo 59 de la Ley N° 19.880, solicitando además la suspensión de los efectos del I.C.E. hasta la resolución de los recursos. Refiere que con fecha 11 de febrero de 2010 la Comisión Regional del Medio Ambiente, a través de la Resolución Exenta N° 35, rechazó en forma unánime el recurso de reposición y la petición de suspensión del procedimiento, sin perjuicio de admitirse a trámite el recurso jerárquico, ordenando la remisión de los antecedentes al Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Señala que dicha autoridad, con fecha 12 de febrero de 2010, mediante Resolución Exenta N° 121/2010 tuvo por interpuesto el recurso jerárquico y dispuso la suspensión inmediata del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y además ordenó oficiar a la Subsecretaría de Salud Pública solicitando informe del recurso jerárquico interpuesto por la empresa en contra de la Resolución Exenta N° 378 de la Seremi de Salud de Atacama. Añade que el 17 de febrero de 2010 la COREMA Atacama, a través de Resolución Exenta N° 42, desestimó la suspensión del procedimiento de calificación ambiental decretada por el Director Ejecutivo de la

CONAMA, ratificó la Resolución Exenta N° 35 y dispuso la continuación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, fijándose audiencia para su votación para el día 19 de febrero de 2010. Sin embargo, con fecha 18 de febrero, mediante Ord. N° 100621, el señor Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente reiteró la orden de suspender el procedimiento de calificación ambiental, en su carácter de superior jerárquico de la COREMA Atacama, advirtiendo que cualquier actuación en contravención a la suspensión decretada sería ilegal y se sujetaría a las responsabilidades que de distinta naturaleza contempla el ordenamiento jurídico vigente. Agrega que la COREMA Atacama acató la suspensión, solicitando a la Dirección Ejecutiva dar trámite de urgencia al recurso jerárquico "atendidas las razones de interés público que aconsejan garantizar una expedita, debida y oportuna conclusión del procedimiento de impacto ambiental del referido proyecto". Indica el recurrente que a pesar del plazo de 30 días contenido en el inciso 5° del artículo 59 de la Ley 19.880 y de la petición de tramitación urgente efectuada por la COREMA, no hubo pronunciamiento del Director Ejecutivo de la CONAMA sino hasta el 15 de julio de 2010, no habiendo además la empresa titular realizado gestión alguna en el tiempo intermedio, ni siquiera para hacer operar el silencio administrativo positivo que contempla el artículo 64 de la misma ley.

Posteriormente, y pese a que el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se encontraba legalmente suspendido por resolución del Director Ejecutivo de la CONAMA, la empresa titular, con fecha 7 de mayo de 2010, interpuso un recurso extraordinario de revisión ante el Seremi de Salud de Atacama, en contra del Ord. N° BS3 110/2010 y Resolución Exenta N° 378, basándose en lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley N° 19.880, cuyo fundamento consistió en la existencia de errores de hecho manifiestos en la dictación de los referidos actos administrativos. Ante esta petición, con fecha 7 de julio de 2010, el nuevo Seremi de Salud de Atacama, señor Raúl Martínez Guzmán, procedió a acoger el recurso extraordinario de revisión, por medio de la Resolución Exenta N° 2060, modificando la calificación del proyecto Central Termoeléctrica Castilla de "contaminante" a sólo "molesto", lo que lo hace compatible con el uso de suelo autorizado por el Plan Regulador Comunal de Copiapó, en el área en que pretende emplazarse el proyecto, y a continuación, con fecha 15 de julio de 2010, luego de conocer el referido pronunciamiento del Seremi de Salud de Atacama, la empresa titular procedió a desistirse del recurso jerárquico interpuesto en contra del I.C.E. del proyecto ante el Director Ejecutivo de la

CONAMA, solicitando la reanudación del proyecto de calificación ambiental, lo que fue aceptado por la autoridad, poniendo término a la suspensión.

A juicio del recurrente, los hechos relatados demuestran la utilización por parte de la empresa titular del recurso administrativo jerárquico y la suspensión del procedimiento, para obtener por vía distinta e irregular la modificación de la calificación de "contaminante" del proyecto Central Termoeléctrica Castilla, realizada por la Seremi de Salud en enero de 2010.

En cuanto a la resolución recurrida, sostiene el recurrente que la misma adolece de graves vicios de ilegalidad, toda vez que, en primer lugar, fue pronunciada dentro de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se encontraba legalmente suspendido por resolución del Director Ejecutivo de la CONAMA y con la expresa finalidad de producir efectos en dicho procedimiento; en segundo lugar, fue pronunciada acogiendo un recurso extraordinario de revisión establecido en el artículo 60 de la Ley N° 19.880, que no constituye nueva instancia que habilite a la autoridad para revisar el mérito o criterios empleados en un acto administrativo, ni para subsanar supuestos errores de derecho; y, por último, dicha resolución ha sido pronunciada para invalidar un acto administrativo anterior emanado de la misma autoridad, en un acto de autotutela administrativa, que resulta ilegal e inconstitucional.

En cuanto al primer argumento, el recurrente se remite a la Resolución Exenta N° 121/2010 de 12 de febrero de 2010 del Director Ejecutivo de la CONAMA, que junto con tener por interpuesto el recurso jerárquico, accediendo a la petición expresa formulada por el titular del proyecto, dispuso en el N° 2 de su parte resolutive "Suspéndase, a contar de esta fecha, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del Estudio de Impacto Ambiental denominado "Central Termoeléctrica Castilla" del titular MPX Energía de Chile Ltda., conforme lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 19.880, hasta el conocimiento y resolución de los recursos jerárquicos interpuestos ante esta Dirección Ejecutiva" y asimismo cita el recurrente el artículo 9° -aludido en la resolución ya referida-, el que en su inciso 4° establece que "Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario".

En cuanto al contenido del recurso jerárquico deducido por el titular del proyecto ante el Director Ejecutivo de la CONAMA, refiere que estos apuntaban a que con la publicación del I.C.E. la CONAMA Regional habría omitido la emisión de un nuevo Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones (ICSARA) que hubiera permitido a la empresa titular contar con una instancia para hacerse cargo y responder los informes negativos de algunas reparticiones, entre ellas y especialmente, el pronunciamiento de la Seremi de Salud. Así, según sostiene la empresa titular, la elaboración del I.C.E. por parte de la CONAMA Regional, habría sido ilegal por no contar con los "informes definitivos" que exige el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en sus artículos 24 y 27. También planteaba que la autoridad habría incurrido en discriminación en contra de la empresa titular, violando el principio de contradictoriedad, ya que al existir informes que exigían aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, se debió emplazar al titular mediante un nuevo ICSARA.

Observa el recurrente que a través de sus planteamientos la propia empresa titular reconoce que el marco legal apropiado para obtener la modificación de la calificación de "contaminante" es el procedimiento de evaluación de impacto ambiental desarrollado ante la autoridad regional ambiental, para lo cual requería necesariamente que el recurso jerárquico fuera acogido y se ordenara la emisión de un nuevo ICSARA que le diera la oportunidad de plantear a la autoridad sanitaria sus argumentos, para modificar la calificación. Por tanto, no cabe duda que siendo la modificación de esta calificación el objetivo fundamental del recurso jerárquico, el acto administrativo que la modificó está exclusivamente destinado a producir efectos en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, como también lo demuestra el posterior desistimiento del recurso jerárquico por parte de la empresa, una vez dictada la Resolución Exenta N° 2060, objeto del presente recurso, que dejó sin efecto la calificación de "contaminante", sustituyéndola por "molesta".

Respecto del segundo argumento de ilegalidad, sostiene que aunque la resolución recurrida acoge un recurso extraordinario de revisión fundada en "manifiestos errores de hecho", en la práctica constituye un nuevo examen o revisión del mérito del acto administrativo que deja sin efecto, pretendiendo subsanar supuestos errores de derecho. Para ello refiere los fundamentos hechos valer como sustento de dicho recurso extraordinario por parte de la empresa titular:

i) señalar que el modelo presentado para el material particulado respirable no incluía las emisiones areales o fugitivas generadas por el proyecto;

ii) indicar la ausencia de estimación de presencia de elementos trazas como Cadmio, Cobre, Plomo, Zinc y Cromo, ya que dicha estimación no habría sido solicitada por la autoridad; y

iii) estimar los efectos de las emisiones atmosféricas y de NOx y en particular de NO2 en la calidad del aire, sobre la base de metodologías erradas e incompletas.

Sostiene que si bien podría suponerse que los indicados corresponden a errores de hecho, en realidad se trata de diferencias de criterio o apreciación respecto del mérito o los elementos de fondo del acto impugnado, apartándose del objeto del recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 60 de la Ley N° 19.880. Con relación al concepto de "manifiesto error de hecho", contenido en la primera parte de la letra b) del artículo citado, alude el recurrente al Dictamen N° 26.052 de la Contraloría General de la República, que señala que se entiende por tal "aquel que es claro, evidente y que, en general, puede ser detectado de la sola lectura de un documento, como por ejemplo, los errores de transcripción o de copia o de cálculo numérico", lo que -según el recurrente- quiere decir, que no se requiere un análisis o revisión profunda de todos los antecedentes de hecho y de derecho en que se fundó el acto impugnado; de manera que cuando la causal de impugnación se encuentra en los criterios empleados por la autoridad, que un particular o la misma autoridad consideren erróneos, no es procedente el recurso extraordinario de revisión por esta causal, situación a la que el mismo dictamen se refiere señalando que "en el derecho administrativo, la discrepancia de criterios entre la Administración y uno o más administrados, no puede ser considerada como un error de hecho", vale decir que la diferencia de criterio entre la autoridad y los destinatarios de sus actos o la diferencia de opinión con la misma autoridad respecto de un acto anterior, no puede ser considerada como un error de hecho.

Ahora, refiriéndose a los fundamentos del Seremi de Salud para acoger el recurso extraordinario de revisión, señala el recurrente que de su sola lectura se advierte que dicho acto es el resultado de una revisión completa del mérito de los actos administrativos que pretende dejar sin efecto y que se pronuncia sobre supuestos errores de derecho de tales actos, incluso agregando fundamentos para la decisión adoptada que se apartan de lo planteado por la empresa al presentar el recurso de revisión. Señala que el recurrido, luego de examinar todos los antecedentes, se refiere a la existencia un supuesto "triple

error" que sería suficiente para invalidar las resoluciones impugnadas por la vía de la revisión, consistente en: "Basarse en un porcentaje de 91% de cumplimiento de la norma obtenido de un procedimiento errado"; "Pese al cumplimiento de la norma se estimó que la actividad tenía carácter de contaminante, contraviniendo así la norma contenida en el artículo 2 letra d) de la Ley N° 19.300."; y "Haber efectuado el cálculo del punto máximo de impacto (PMI) en un lugar con ausencia de asentamientos humanos, alejándose del espíritu de la norma primaria de calidad del aire, cual es proteger la salud de las personas.".

Llama la atención el recurrente respecto a que al menos dos de los tres supuestos errores citados correspondan claramente a materias de derecho o de interpretación legal o reglamentaria, tal como se indica en la propia resolución, olvidando que el fundamento del recurso de revisión es la existencia de errores "manifiestos" y "de hecho", por lo que resulta evidente que ellos corresponden en verdad a diferencias de criterios técnicos y jurídicos, que en ningún caso hacen procedente el recurso extraordinario de revisión. Así, a modo de ejemplo, señala que si la medición de emisiones debe realizarse en el punto donde son generadas o en el punto en que exista la población más cercana, ello no constituye un error, sino un criterio distinto de una autoridad u otra, habiendo sido la Seremi de Salud saliente menos permisiva que el recurrido. Asimismo, alude a la declaración pública efectuada el 13 de julio pasado por el recurrido, a través de la cual dio a conocer su resolución, la que viene a ratificar que la decisión contenida en la resolución objeto del presente recurso es producto de una nueva revisión del mérito de los actos anteriores, al sostener que ante el recurso de revisión presentado por la empresa titular "El equipo técnico de esta SEREMI procedió a analizar exhaustivamente dicho recurso, abocándose a revisar íntegramente los antecedentes relacionados a dicho proyecto y a recabar todas las opiniones de entidades y personalidades que pudiesen allegar antecedentes relativos al tema", lo que demuestra que no se estaba ante un "error manifiesto", toda vez que él mismo confiesa que debió consultar las "opiniones" de diversas entidades y personalidades, para poder dar una resolución final al recurso.

Sostiene el recurrente que lo que en verdad ocurrió es que el nuevo Seremi de Salud discrepó del acto administrativo dictado por su antecesora en el cargo, pero la mera discrepancia de criterio o de interpretación de la norma no autoriza su revocación, sobre todo si ha producido efectos respecto de terceros.

Respecto al tercer argumento de ilegalidad, señala que en la práctica, la actuación del Seremi de Salud ha consistido en lo que la doctrina ha denominado como "auto tutela administrativa" o invalidación que realiza la autoridad de sus propios actos, sin contar con facultades legales para ello, dado que la facultad de invalidar actos en razón de su ilegalidad se encuentra reservada por la Constitución y la ley a los tribunales de justicia. Cita sobre el particular al profesor Eduardo Soto Kloss quien sostiene que cuando se habla de "autotutela" se está hablando de "hacerse justicia por sí mismo", "tomarse justicia de propia mano", "erigirse en juez por sí mismo" y de allí que sea proscrita por el ordenamiento, y considerada ilícita, tanto más que transformarse en "comisión especial", que además constituye un "menosprecio de la judicatura", que es la única autoridad pública estatal que de modo exclusivo y excluyente le ha sido dada por la Constitución la potestad jurisdiccional, y que esa autotutela significa alterar -de propia mano- el statu quo existente en las situaciones jurídicas producidas precedentemente por la propia actividad de la Administración, a través de sus propios actos emitidos, lo que a juicio del mismo autor implica, además "una vulneración muy clara y patente de una de las bases de todo sistema republicano democrático, cual es la igualdad ante el Derecho y en el Derecho, proscribiendo "toda persona o grupo privilegiado". Cita también los principios que en forma general el referido autor ha extraído de una serie de fallos y señala que aún cuando existen algunos fallos que sostienen la tesis contraria, el autor citado establece que pensar en una supuesta capacidad de invalidación intrínseca que pretenden algunos no tiene base constitucional alguna.

Concluye el recurrente que, en este aspecto, resulta evidente que al dictar la Resolución Exenta N° 2060 el Seremi de Salud se ha excedido abiertamente en sus facultades legales y constitucionales, haciendo justicia por su propia mano y afectando los derechos de todos los afectados directamente por los efectos del proyecto mencionado y reitera que lo que en definitiva ocurrió es que el recurrido, disconforme con el acto administrativo dictado por su antecesora, decidió simplemente dejarlo sin efecto, bajo un falso ropaje de "error de hecho" que se le habría hecho presente en un recurso administrativo.

También sostiene el recurrente que la resolución impugnada es arbitraria, al dejar sin efecto un pronunciamiento anterior de la misma autoridad, basándose únicamente en diferencias de criterio, apreciación e interpretación de normas jurídicas, y acogiendo un

recurso extraordinario sin concurrir ninguna causal legal para ello, lo que resulta insólito e impropio de una autoridad seria e informada.

Insiste en que se quitó la calificación de "contaminante" dada al proyecto Central Termoeléctrica Castilla pasando por alto de manera abierta que el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se encontraba legalmente suspendido, a solicitud del propio titular, y por otro lado, se acoge un recurso extraordinario de revisión contemplado por la ley para la existencia de "manifiestos errores de hecho" y para fundamentar su resolución, la propia autoridad invoca un supuesto "triple error" que contiene al menos dos errores que claramente dicen relación con la diferente interpretación y aplicación de normas jurídicas, lo que se aparta por completo del error de hecho que serviría de fundamento al recurso de revisión.

Se refiere también el recurrente a las graves consecuencias del acto administrativo recurrido en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto, las que a su juicio son evidentes, pues la modificación de la calificación de "contaminante" dada al proyecto Central Termoeléctrica Castilla y su sustitución por la de "molesta" tiene por objeto producir efectos determinantes y decisivos en el proceso de evaluación de impacto ambiental de dicho proyecto, pues una vez pronunciado el acto recurrido y reactivado el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (por efecto del desistimiento del recurso jerárquico interpuesto por el titular), la primera consecuencia y efecto inmediato fue la emisión de un nuevo pronunciamiento de la Seremi de Vivienda y Urbanismo a través del Ord. 813 de 23 de julio de 2010, que establece que el proyecto es compatible con el uso de suelo autorizado por el Plan Regulador Comunal de Copiapó para la zona y por lo tanto se pronuncia conforme con el proyecto, y asimismo, a raíz del mismo acto recurrido, la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama ha ordenado la elaboración de un nuevo Informe Consolidado de Evaluación (I.C.E.) del proyecto Central Termoeléctrica Castilla, publicado con fecha 23 de julio de 2010, que incorpora los nuevos pronunciamientos del Seremi de Salud y de Vivienda y Urbanismo, y en consecuencia, podría posibilitar la eventual calificación favorable del proyecto por parte de la Comisión, pese a las graves ilegalidades del acto recurrido.

Señala que de permitirse que las instancias ambientales adopten decisiones definitivas tomando como base el acto ilegal del Seremi de Salud de Atacama, dichas decisiones adolecerán irremediablemente de un vicio de ilegalidad.

En cuanto a los derechos y garantías perturbadas por el acto recurrido, refiere las contenidas en los numerales 2, 3 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, señalando que se afecta tanto al recurrente, como a toda la comunidad de la Región de Atacama.

En lo concerniente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, señala que no existe duda que la resolución recurrida constituye una amenaza para su calidad general de vida y de todos los directamente afectados por el proyecto, cuya aprobación se podría realizar tomando como base un acto administrativo ilegal y arbitrario, que permitiría la instalación de una Central Termoeléctrica "contaminante" en un sector en que el instrumento de planificación territorial no lo autoriza, y dado que el acto administrativo recurrido causa un efecto decisivo en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto Central Termoeléctrica Castilla estableciendo de manera ilegal un presupuesto ambiental favorable, es evidente que dicho acto implica una amenaza al legítimo ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de todos los directamente afectados por el citado proyecto energético. En efecto, sostiene que al modificar de manera ilegal la calificación de "contaminante" dada previamente al proyecto, sustituyéndola por la de "molesta", la autoridad recurrida ha declarado que la instalación de la Central es compatible con el uso de suelo autorizado en la zona, posibilitando, en lo relativo al lugar de emplazamiento, la aprobación del proyecto, pese a que la misma autoridad estableció previamente que la instalación de esta industria en el área no es compatible con el uso de suelo autorizado.

Respecto a la igualdad ante la Ley, señala que la actuación del Seremi de Salud, al dejar sin efecto por sí y ante sí un acto administrativo afinado, alterando la situación existente en las relaciones jurídicas producidas previamente por actos de la misma autoridad, y afectando con ello a todas las organizaciones y personas naturales directamente afectadas por el proyecto Central Termoeléctrica Castilla, entre quienes se encuentra el recurrente, constituye una acción de auto tutela inaceptable, que implica una clara vulneración de la igualdad ante la ley. En efecto, esta invalidación unilateral de los actos administrativos por los cuales la ex Seremi de Salud calificó el proyecto como "contaminante" y el hecho que el Seremi recurrido por su propia voluntad los declare inválido y contrarios a Derecho, pese a que el procedimiento en que se dictaron estaba legalmente suspendido y que no existía una instancia legal para apreciar el mérito y la legalidad de los actos señalados, constituye un acto que atenta gravemente contra la

igualdad ante la ley, dado que sitúa a la autoridad como una persona o grupo privilegiado que no requiere acudir a los tribunales de justicia para hacer valer la ilegalidad de un acto, como el resto de los ciudadanos, sino que hace justicia por su propia mano.

En cuanto a la garantía señalada en el N° 3 de la Constitución Política de la República -la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos-, reitera que en el presente caso, el Seremi de Salud al estimar que dos actos administrativos anteriormente emanados de su misma repartición adolecían de errores o ilegalidades, ha decidido tomar la justicia por su propia mano, sin que el recurrente y todos los demás afectados directos por el proyecto contaran con un procedimiento legal en que se discutiera la validez y legalidad del acto administrativo que el Seremi estimó ilegal, sino que éste último resolvió de manera unilateral y sin un proceso reglado.

Pide que esta Corte, restableciendo el imperio del derecho, se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 2060 de fecha 7 de julio de 2010, poniéndose en conocimiento inmediato de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la III Región y la Comisión Nacional del Medio Ambiente el fallo, a fin de que se adopten las medidas que correspondan en el marco del proceso de evaluación de impacto ambiental del proyecto, con costas.

A fojas 216 rola informe del señor Seremi de Salud de Atacama, don Raúl Martínez Guzmán, quien como antecedente previo señala que durante el proceso de evaluación del proyecto Central Termoeléctrica Castilla se elaboraron tres Informes Consolidados de Solicitudes de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA) que recogían los pronunciamientos de los servicios sectoriales con competencia ambiental, y las correspondientes "Adenda" con las respuestas del titular del proyecto. Luego de evaluar el Adenda N° 3, la Ex-Seremi de Salud Atacama, doña Pilar Merino Goycoolea, emitió el Ord. BS3 110/2010 en el que indica que a su juicio, la calificación industrial del referido proyecto, correspondiente al permiso ambiental sectorial del Art. 94 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (PAS 94), es "contaminante" y en virtud de ello, la Seremi MINVU, por Ord. N° 111 de 29 de Enero de 2010, indicó que el proyecto no se ajustaba al uso de suelo permitido. Agrega que dicha calificación se hizo en cumplimiento a la Ordenanza General de Construcción y Urbanismo, que en su numeral 4.12.2 indica que la calificación de la industria es de competencia privativa del Seremi de Salud respectivo.

Señala el recurrido que la ex Seremi consideró que el proyecto en cuestión era contaminante, pese a que éste arrojaba en el modelo un guarismo inferior al límite de 400 microgramos de Dióxido de Nitrógeno por metros cúbicos normales, a saber arrojaba un valor de 366 de dichos microgramos, o sea, cumplía con la norma de calidad primaria para el Dióxido de Nitrógeno, establecida en el artículo 4º del D.S. 114 de 2002 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. Indica que ante esta apreciación de la ex Seremi, que no se compadecía con la norma citada, el titular del proyecto dedujo con fecha 1 de febrero de 2010 un recurso en el que solicitó la invalidación respecto del Ord. BS3 110/2010 del Seremi Salud de Atacama y, en subsidio, los recursos de reposición y jerárquico. Agrega que resolviendo el recurso del titular del proyecto, la Seremi de Salud de Atacama mediante Resolución Exenta N° 378, de 08 de Febrero de 2010, negó lugar a la invalidación, a la medida provisional solicitada y al recurso de reposición, elevando el recurso jerárquico al Ministro de Salud quién se declaró incompetente para conocer dicho recurso, por ser la calificación de la industria una facultad privativa del Seremi.

Añade que frente a dicha resolución, el titular dedujo recurso extraordinario de revisión del artículo 60 de la Ley N° 19.880 en contra del Ord. BS3 110/2010 y de la Resolución Exenta N° 378 de 08 de Febrero de 2010, ambos de la Seremi de Salud Atacama. Refiere que el fundamento de dicho Recurso Extraordinario se basa en que, la Autoridad Sanitaria Regional, "al dictar ambos actos administrativos ha incurrido en manifiestos errores de hecho", los que habrían sido determinantes para su dictación, por lo que correspondería dejarlos sin efecto y proceder a dictar actos que se pronuncien legal y validamente sobre los permisos ambientales sectoriales.

Indica el señor Seremi que mediante Resolución Exenta N° 2060 de 07 de Julio de 2010, esa autoridad determinó que la Resolución Exenta N° 378 incurrió en un triple error, a saber: a) Basarse en un porcentaje de 91% de cumplimiento de la norma obtenido de un procedimiento errado; b) Estimar que la actividad tendría carácter de contaminante, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 2 letra d) de la Ley N° 19.300; y c) haber efectuado el cálculo del punto de máximo impacto (PMI) en un lugar con ausencia de asentamientos humanos, alejándose del espíritu de las normas de calidad primaria, cuál es, el asegurar la salud de las personas. Refiere que, en consecuencia, hizo lugar al recurso extraordinario de revisión interpuesto por MPX Energía de Chile Ltda., dejando sin efecto el Ordinario BS3 110/2010 y la Resolución Exenta No 378 de 8 de Febrero de

2010, únicamente en lo que guarda relación con el pronunciamiento sobre el Permiso Sectorial Ambiental 94 (PAS 94), esto es, la calificación de "Contaminante" del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla, el que queda calificado, en definitiva, como "Molesto", manteniéndose lo ya determinado respecto al PAS 93, esto es, las observaciones sobre las canaletas de contorno del depósito de cenizas y sobre las piscinas (valle o depresión de las celdas), lo que trae aparejado que el informe de la Secretaría Ministerial de Salud al COREMA mantiene, en definitiva, pronunciamiento "inconforme" del proyecto.

A continuación se refiere a los argumentos del recurrente para sostener la ilegalidad de la Resolución Exenta N° 2060 y se hace cargo de ellos.

En lo tocante a la afirmación que la misma fue dictada pese a encontrarse el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto Central Termoeléctrica Castilla suspendido en virtud de la Resolución Exenta N° 121 de la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, de 12 de febrero de 2010, estimando que el acto administrativo se encuentra destinado exclusivamente a producir efectos decisivos y determinantes en el referido procedimiento, indica el señor Seremi que la suspensión decretada se circunscribió al ámbito del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, actuación realizada por la Dirección Ejecutiva en tanto superior jerárquico de la Comisión Regional Del Medio Ambiente de la Región de Atacama y que no tiene asidero jurídico argumentar que con tal medida se privó a esa Secretaría de la atribución legal de dar oportuna respuesta a un recurso administrativo extraordinario de revisión, pues lo contrario hubiera significado una actuación ilegal de la Dirección Ejecutiva al excederse abiertamente en sus competencias. Agrega que el artículo 9° de la Ley 19.880 consagra el Principio de Economía Procedimental, y en su inciso final establece, como principio general, el hecho que las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, no van a suspender el mismo, salvo que la Administración lo ordene, de lo que se concluye que la suspensión del procedimiento constituye una norma excepcional, que por lo mismo debe ser interpretada en forma restrictiva. Indica que a lo anterior debe sumarse la sujeción de esa autoridad a los principios de inexcusabilidad e impugnabilidad consagrados en los artículos 14 y 15 de la misma Ley citada, en cuya virtud se encuentra obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, sin contemplar causal alguna que impida o dilate su actuación. También hace presente que la propia denominación y regulación que recibe el pronunciamiento -permiso ambiental sectorial o PAS-, da cuenta de que se trata de una potestad exclusiva de esa Secretaría Regional

Ministerial el decidir en torno a las materias de que trata el artículo 94 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. También señala que el vínculo existente entre la Comisión Regional del Medio Ambiente y la Seremi de Salud se visualiza únicamente, en el contexto de un proceso de evaluación ambiental, proceso donde los diferentes órganos del Estado actúan coordinados por COREMA, pero manteniendo cada uno la independencia en sus pronunciamientos conforme a sus competencias, resultando claro que a falta de norma legal que así lo determine, ningún organismo público respecto del cual no exista relación jerárquica alguna, podría inhibir o dilatar su actuar. Señala que por lo indicado los planteamientos del recurrente no resultan efectivos ni poseen fundamento suficiente, atendido el hecho que, como ya se mencionó, la suspensión decretada respecto del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en cuestión, no afectó sus competencias.

En cuanto al segundo argumento, previamente se refiere a la categorización que efectúa el artículo 4.14.2 de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, respecto de los establecimientos industriales o de bodegaje -calificación que le corresponde realizar a la Secretaría Ministerial Regional respectiva-, en consideración a los riesgos que el funcionamiento de algunos de esos establecimientos, pueda causar a sus trabajadores, al vecindario y comunidad, las que son peligroso, insalubre o contaminante, molesto e inofensivo y agrega que a esa Secretaría correspondía calificar, en algunas de las cuatro categorías ya señaladas, al Proyecto Central Termoeléctrica Castilla.

También indica que el Plan Regulador Comunal de Copiapó establece la zonificación del territorio comunal, determinando qué tipo de establecimiento de los ya indicados puede instalarse en tal o cual zona y en la especie la ubicación del Proyecto se localiza en una zona que solo admite establecimientos calificados como molestos o inofensivos y por ello, al dictarse el Ord. BS3 110/2010 por la Ex Seremi de Salud de Atacama calificando como contaminante al proyecto, trajo como consecuencia que la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo dictara un Decreto señalando que dicho proyecto no podía emplazarse en esa zona, por cuando ella solo admitía establecimientos inofensivos o molestos. Refiere que así, al dictarse la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de Julio de 2010, calificando el establecimiento como "molesto" y no ya "contaminante", trajo como consecuencia el que el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo dictara un

acto nuevo administrativo por el cual se pronuncia sobre el emplazamiento de dicho establecimiento.

También alude a las razones que motivaron el acoger el recurso extraordinario de revisión y señala que los fundamentos fueron los siguientes:

a.- Afirmar en aquellos actos administrativos, que el modelo presentado para material particulado respirable no incluía las emisiones areales o fugitivas generadas por el proyecto;

b.- Indicar que el titular del proyecto no había efectuado estimación de elementos trazas; y.

c.- Proyectar los efectos de las emisiones atmosféricas y de NOx y, en particular de NO2, sobre la base de metodologías erradas e incompletas.

Hace presente que el último error -metodologías erradas e incompletas- constituye un nuevo antecedente alegado únicamente, en el contexto del recurso de revisión y no en el de invalidación y reposición deducido en febrero.

Reitera el recurrido que la Resolución Exenta N° 2060 sólo vino a modificar el pronunciamiento sectorial original en lo que respecta al PAS 94, manteniendo en todo lo restante lo dispuesto en el Ordinario N° BS3 110 de 19 de enero de 2010, principalmente en lo que respecta a la Inconformidad de esa Autoridad con el proyecto en cuestión, en atención a la denegación del PAS 93.

Observa que el recurrente no establece ni explica la razón por la cual afirma que en la especie se trataría de errores de derecho o cambios de criterio y que basa su argumento en una declaración pública que constituye sólo una manifestación de opinión y en ningún caso se trata de un pronunciamiento jurídico de la autoridad. Indica que, por ejemplo, el primero de los errores invocados fue, como se indicó, afirmar la no inclusión de las emisiones areales o fugitivas que generaría el proyecto, en el modelo presentado para material particulado respirable, y tal como se advierte del considerando 10° de la Resolución Exenta N° 2060 y según consta en el proceso de evaluación de impacto ambiental, los antecedentes en cuestión fueron debidamente presentados por el titular del proyecto, particularmente en el Anexo 6 de la Adenda N° 1. Agrega que, por otro lado, se incurrió en un error al indicar en los pronunciamientos originales que el titular del proyecto no había efectuado estimación de los elementos trazas, puesto que ello lo realizó en el punto 6.3.K.4 de la Adenda N° 1, según da cuenta el considerando N° 11 de la Resolución

recurrida. Finalmente, como también se señala en la Resolución Exenta N° 2060, en el Ordinario BS3 N° 110 de fecha 19 de enero del presente año se incurrió en un manifiesto error de hecho, habida consideración de que proyectó los efectos de las emisiones atmosféricas y de NOx y, en particular de NO2, sobre la base de una metodología errada.

Respecto a esto último se expone para explicar el procedimiento utilizado por la anterior autoridad para determinar el cumplimiento por parte del titular del Decreto Supremo N° 114/02 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la Norma Primaria de Calidad del Aire para Dióxido de Nitrógeno (NO2) y determina la metodología a utilizar, y señala que aplicada correctamente se concluye que los valores indican que el proyecto está lejos de ser contaminante.

Concluye indicando que la Resolución Exenta N° 2060 se encuentra motivada por la existencia de los errores mencionados, los que sin duda constituyen errores de hecho y no meros cambios de criterio o errores de derecho como sostiene el recurrente.

Refiriéndose al concepto de "manifiesto error de hecho", señala que si bien la Contraloría General de la República ha entendido como tal aquel que es claro, evidente y que en general puede ser detectado de la sola lectura del documento -como cita el recurrente-, sostiene que tal concepto equivale solo a uno de los tipos de errores que la doctrina administrativista distingue y denomina "error material", al cual considera "...más bien una errata, una mera equivocación al ser la consecuencia de la equivocada manipulación de los datos, obteniéndose con ello un resultado contrario a una regla no jurídica (equivocación en una operación matemática, falta gramatical, no coincidencia de la copia con el original, defecto en la composición tipográfica, etc..), en cuyo caso lo que en estricto rigor es procedente es el procedimiento de rectificación. Sostiene que, en cambio, el verdadero error de hecho que ha de dar lugar a la revisión de un acto administrativo, de acuerdo al artículo 60 de la Ley N° 19.800, es aquel que importa una aplicación no ajustada a la realidad objetiva de los acontecimientos, que es precisamente lo que ocurrió, al no valorarse adecuadamente los antecedentes del proyecto y la relación de los mismos de frente al cumplimiento de lo dispuesto en la norma y que tal falta de adecuación determina que el acto dictado aparezca como viciado, por afectarse un elemento del mismo, esto es, su presupuesto de hecho. Agrega que si lo que el actor pretende es calificar la existencia o no de ese supuesto de hecho o su entidad, se trata de asuntos que no pueden discutirse en el marco de una acción cautelar de protección, sino en un juicio de lato conocimiento.

En cuanto a la afirmación del recurrente de que el acto administrativo recurrido se dictó para invalidar un acto administrativo anterior de la misma autoridad en un acto de autotutela administrativa ilegal e inconstitucional, por cuanto la facultad de invalidar dicho acto queda reservada a los Tribunales de Justicia, refiere que ella es errónea, contraria al texto expreso de la Ley 19.880 y además se opone a la opinión de la doctrina y jurisprudencia administrativa sobre la materia, desde mucho tiempo antes de la vigencia de la referida Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, citando al respecto la opinión de don Urbano Marín Vallejo, en una publicación del año 2000. Agrega que con la dictación de la Ley 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, el legislador reconoció de modo expreso dicha facultad, desechando por tanto la postura minoritaria sostenida por el profesor Soto Kloss, citada por el actor, de manera que la Administración está habilitada para invalidar un acto administrativo contrario a derecho, de acuerdo a lo señalado en el artículo 7 de la Constitución Política o de acuerdo a lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Procedimientos Administrativos (artículo 6 de la Constitución Política de la República), sin perjuicio de la posibilidad de impugnar judicialmente el referido acto a través de un procedimiento de lato conocimiento, que pretenda la nulidad de derecho público.

Señala que, a mayor abundamiento, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha aceptado tradicionalmente que las declaraciones de voluntad de la Administración, afectadas por vicios de legalidad (como es el caso, si se considera que la afectación del presupuesto de hecho de un acto administrativo incide en su legalidad), pueden y deben ser invalidadas por la propia Administración que las dictó si se comprueba que son contrarias a derecho y asimismo, debe tenerse presente que el artículo 15 inciso 3º de la Ley Nº 19.880, establece de forma expresa que la "autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo", que es precisamente lo que ocurrió. También cita el artículo 53 de la Ley Nº 19.880, que señala que la autoridad administrativa, podrá de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto, y el inciso final del artículo 59 que, al referirse a los recursos de reposición y jerárquico, señala que la resolución que acoge al recurso podrá modificar,

reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado.

Reitera que un error de hecho puede ser condicionante de la legalidad de un acto, pues las circunstancias fácticas son las que determinan la correcta subsunción a la norma y por ende de la aplicación del derecho.

Concluye que por lo señalado y ante la claridad de las normas citadas, no resulta sostenible argumentar la inexistencia de la potestad invalidatoria de los órganos de la Administración del Estado, puesto que ello necesariamente implicaría desconocer la aplicabilidad de las normas pertinentes de la Ley 19.880, y en consecuencia, no es efectivo que la facultad de invalidar actos administrativos corresponda exclusivamente al conocimiento de los Tribunales Ordinarios, ya que la propia Ley N° 19.880 hace radicar en los Órganos de la Administración del Estado la facultad de pronunciarse y resolver los recursos administrativos que ella misma contempla.

En cuanto a los derechos o garantías invocadas, hace presente que en el caso de la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política del Estado, sólo cabe la hipótesis de acto ilegal, pero nunca de acto arbitrario, conforme al inciso final del artículo 20 del texto Constitucional, y en todo caso, en cuanto a la arbitrariedad invocada, hace presente que de la sola lectura del acto administrativo cuestionado se advierte que el mismo contiene una fundamentación racional y lógica, argumentándose debidamente la decisión de la autoridad.

En cuanto al análisis del recurrente acerca de las causales que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión, destaca que éste nada dice respecto de la necesidad de determinar si los errores invocados poseen la fuerza o la aptitud de "haber sido determinante para la decisión adoptada", pues, determinar lo anterior necesariamente implica efectuar un estudio para, en primer término, acreditar su existencia y, posteriormente, ponderar la trascendencia de éste en la decisión final adoptada y este mero análisis impide considerar arbitrario el actuar de esa Secretaría. Igualmente, reitera que cuenta con la facultad legal de revocar de oficio los actos administrativos que hubiere dictado, potestad que no fue utilizada en la especie, no obstante no existir impedimento alguno para ello.

Específicamente, en cuanto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y a la afirmación del recurrente de que se ve amenazada su calidad de vida por el proyecto -cuya aprobación se podría realizar teniendo como base un acto administrativo ilegal y arbitrario, que permitiría la instalación de una Central Termoeléctrica contaminante-, señala el recurrido que no se vislumbra de qué modo la Resolución Exenta N° 2060 podría afectarlo o amenazarlo, puesto que se trata de un acto que no posee un carácter vinculante o decisorio. Recuerda además que es la propia redacción del artículo 19 N° 8 la que exige que deba existir una relación de causalidad entre el acto ilegal y/o arbitrario y la amenaza de afectación, por cuanto dicho derecho debe verse afectado por un acto u omisión que sea imputable a una autoridad o persona determinada. Al respecto señala que la Resolución Exenta N° 2060, por sí sola, no afecta el citado derecho por cuanto debe tenerse que la circunstancia de que la calificación o pronunciamiento que emita esa Autoridad en caso alguno obliga a un pronunciamiento favorable o desfavorable por parte de la COREMA y tanto es así que han existido proyectos respecto de los cuales, por diversos motivos esa Autoridad se ha pronunciado Inconforme -al igual que con el Proyecto Central Termoeléctrica Castilla- y no obstante ello, la COREMA ha determinado su aprobación, como por ejemplo los proyectos "Acueducto Chamonate" del titular Minera Candelaria y "Flexibilización Unidad N° 3" del titular Guacolda. Agrega que a lo anterior debe añadirse que el recurrente estructura sus alegaciones sobre la base de eventuales efectos perjudiciales que, a su juicio, podría acarrear la materialización del proyecto en evaluación, pero sin proporcionar antecedentes ciertos que amparen tales pronósticos. Refiere que en tal sentido se ha pronunciado recientemente la Excelentísima Corte Suprema al rechazar el recurso de protección interpuesto en contra de la COREMA de la región del Maule, a propósito de la Central Termoeléctrica Los Robles.

También indica que la amenaza de un derecho se ha entendido y conlleva la idea de un peligro inminente y se constituye por las acciones u omisiones que impiden el goce pacífico del derecho ante la inminencia de la perturbación, privación o amenaza de la misma y que en tal sentido la Excelentísima Corte Suprema ha estimado que la amenaza del legítimo ejercicio de un derecho constitucional protegido es hacer temer un daño inminente al interesado que lo hace valer y exige que se acredite, que el amedrentamiento sea real y no presunto, actual y no eventual y además preciso en su formulación y no vago, de tal modo que el juez pueda determinar si es o no antijurídico en sus extremos (sentencia de 15/01/2001).

En cuanto a la afectación de la garantía de igualdad ante la ley, señala que contrariamente a lo planteado por el recurrente, tal derecho se ve afectado o amenazado en caso que la autoridad al aplicar la ley a casos similares o idénticos, lo haga de modo discriminatorio, y atendido el hecho que el recurrente sólo señala en términos generales y sin especificar en forma alguna cuál sería el trato discriminatorio en el cual incurrió a su respecto la autoridad, ya que no señala en qué casos se habría procedido de modo diverso ante presupuestos similares a los cuales ya se ha hecho referencia, debe descartarse tal afirmación, pues esa autoridad se pronunció respecto de un recurso administrativo planteado por el titular del proyecto, no existiendo así vinculación alguna entre el acto recurrido y la garantía supuestamente afectada. Cita también un fallo de esta misma Corte de Apelaciones en que se señaló que la afectación a la igualdad ante la ley no puede alegarse en forma genérica.

En cuanto a la alegación, en orden a que al dictar la resolución recurrida la autoridad decidió tomar justicia por su propia mano, procediendo a dejar sin efecto los actos sin recurrir a los Tribunales de Justicia, únicos órganos facultados para declarar la invalidez o ilegalidad de un acto administrativo afinado, planteando además que tanto el recurrente y todos los afectados por el proyecto no contaron con un procedimiento legal en el cual se discutiera la validez y legalidad del acto administrativo cuestionado, hace presente que la garantía invocada dice relación con la prohibición de juzgamiento por parte de comisiones especiales, así como la existencia de órganos que, no teniendo asignadas funciones jurisdiccionales, se las arroguen para conocer, juzgar y fallar en un caso determinado y sobre el particular, señala que el recurrente no ha acreditado el núcleo de dicha garantía, esto es, haber sido juzgado -por esa Seremi de Salud-, actuando como comisión especial. En el mismo orden de ideas, señala que no es posible hablar de que esa institución se atribuya competencias jurisdiccionales, sino que se limitó a ejercer una potestad reglada y reconocida por la Ley 19.880 y en definitiva, resolver ante el requerimiento efectuado por un particular.

Además esta Corte ordenó como diligencias necesarias para resolver el asunto evacuar informe a CONAMA Tercera Región de Atacama, COREMA Tercera Región de Atacama y SEREMI MINVU Tercera Región de Atacama acerca de las actuaciones que les cupo en el proceso de evaluación de estudio de impacto ambiental del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla, diligencias que aparecen cumplidas a fojas 279, 291 y 308.

Se trajeron los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1.-) Que recurre de protección don Gonzalo Domínguez Vieytes, domiciliado en Bahía Salado, comuna de Caldera, en resguardo de las garantías y derechos que consagra en su favor el artículo 19 N° 2, 3 y 8 de la Constitución Política de la República, dirigiendo su acción en contra del señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama, doctor don Raúl Martínez Guzmán, respecto de la Resolución Exenta N° 2060 dictada por dicha autoridad con fecha 7 de julio de 2010.

Se hicieron parte en el recurso la empresa MPX Energía de Chile Ltda., hoy CGX Castilla Generación S.A., titular del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla, en proceso de evaluación ambiental, como asimismo don Manuel Luciano Rocco Hidalgo, domiciliado en Bahía Chasco Caldera; doña María Holanda Pastén Zúñiga, Presidenta y en representación de la Comunidad Agrícola del Totoral; y, don Milton Morales Morales, Presidente y en representación de la Junta de Vecinos del Totoral.

2.-) Que para una adecuada solución del recurso, es necesario tener en consideración lo siguiente:

a) Que el acto administrativo contra el cual se recurre de protección es el que da cuenta la Resolución Exenta N° 2060 de fecha 07 de julio de 2010 (fs. 3), pronunciada por el señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama, mediante la cual dicha autoridad acogió un recurso extraordinario de revisión interpuesto con fecha 7 de mayo de 2010, por MPX Energía de Chile Ltda., titular del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla y dejó en consecuencia sin efecto el Ordinario BS3 110/2010 de fecha 19 de enero de 2010 y la Resolución Exenta N° 378 de 8 de febrero de 2010, emanados de dicha secretaría ministerial, en la parte que indica.

b) Que mediante el Ordinario BS3 110/2010, de 19 de enero de 2010 (fs. 91) la mencionada autoridad sectorial, participe en el proceso de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental respectivo, informando de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 letra a) y 23 del Decreto Supremo N° 95, procedió, de conformidad con los antecedentes evaluados y los fundamentos técnicos invocados a calificar de "contaminante" el Proyecto Central Termoeléctrica Castilla, manifestando su disconformidad al respecto, negando en consecuencia los permisos ambientales sectoriales requeridos.

c) Que, a su vez, mediante Resolución Exenta N° 378 de 8 de febrero de 2010 (fs. 98) la referida autoridad ministerial regional negó lugar al recurso de invalidación deducido por MPX Energía de Chile Ltda., y a la solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo contenido en el aludido Ordinario BS3 110/2010 de 19 de enero de 2010, negando lugar asimismo al recurso de reposición deducido por el solicitante, disponiendo, sin perjuicio, la elevación de los antecedentes a la Subsecretaría de Salud para conocer del recurso jerárquico interpuesto en subsidio, arbitrio este último declarado inadmisibile mediante Resolución Exenta N° 115 de 24 de febrero de 2010 del Ministerio de Salud.

d) Que a virtud de la actuación del señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama que se reprocha, la mencionada autoridad, en lo que dice relación con el pronunciamiento anterior sobre permiso sectorial ambiental 94 -PAS 94-, que calificó de contaminante el proyecto Central Termoeléctrica Castilla, haciéndose cargo de los errores de hecho alegados por el titular del proyecto en su recurso de revisión extraordinario (fs. 71), a partir de un análisis de la totalidad de los antecedentes existentes en el respectivo proceso y apoyado en un informe técnico solicitado al efecto, emitido por dicha secretaría, concluyó que al momento de la dictación del Ordinario BS3 110/2010 y subsecuente Resolución Exenta N° 378 ya mencionados, se habría incurrido en un triple error por parte de la titular de la cartera que le antecedió en el cargo, a saber: basarse o considerar un porcentaje de exigencia de la norma a partir de un procedimiento errado; que pese al cumplimiento de la norma, se haya estimado que la actividad tenía el carácter de "contaminante", con infracción de lo dispuesto en el artículo 2 letra d) de la Ley N° 19.300; y, por último, haberse efectuado el cálculo del Punto Máximo de Impacto en un lugar con ausencia de asentamientos humanos, por todo lo cual la autoridad recurrida a través de la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010, contra la cual se dirige el recurso, como se señaló, procedió a recalificar simplemente de "molesto" el proyecto.

e) Que iniciado el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla y conforme a lo prevenido en el artículo 23 del Decreto Reglamentario N° 95, la autoridad medio ambiental regional (COREMA), puso el estudio correspondiente a disposición de los órganos competentes de la Administración del Estado y partícipes de la evaluación para la emisión de su informe correspondiente, procediendo luego dicha autoridad a remitir a su titular, en tres oportunidades, los respectivos informes consolidados de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones (ICSARA N° 1, N° 2, N° 3), cuyas observaciones fueron contestadas por la empresa titular

del proyecto (Adendas N° 1, N° 2, N° 3), respectivamente, proceso que se desarrolló entre los meses de febrero a diciembre de 2009, por lo que afinada dicha etapa, se vino a tomar conocimiento de los informes fundados definitivos emitidos por los órganos de la administración requeridos, sobre calificación ambiental del proyecto, entre los cuales se encontraban el Ordinario BS3 110/2010, emitido con fecha 19 de enero de 2010 por la señora Secretaria Regional Ministerial de Salud de la época que rechazó los Permisos Ambientales Sectoriales PAS 93 y 94 requeridos por la empresa interesada y el Ordinario N° 111 de 29 de enero de 2010 (fs. 103) de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, que hizo incompatible en tal caso la instalación de la industria con el uso del suelo autorizado por el plan regulador comunal vigente en la zona en que se pretendía emplazar el proyecto, el que sólo autoriza la instalación de industrias "molestas" o "inofensivas".

f) Que en consonancia con lo anterior y de acuerdo a lo que previenen los artículos 24 y 27 del Decreto N° 95, la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA), a través de su Secretario Ejecutivo, con fecha 29 de enero de 2010, elaboró el Informe Consolidado de Evaluación (I.C.E) del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto en cuestión (fs. 279 - fs. 291), respecto del cual el titular del proyecto, con fecha 4 de febrero de 2010 interpuso recurso de reposición y, en subsidio recurso jerárquico del artículo 59 de la Ley N° 19.880, solicitando entretanto la suspensión del I.C.E. de la referencia, procediendo luego la aludida Comisión, mediante Resolución Exenta N° 035 de 11 de febrero de 2010 (fs. 42), a rechazar el recurso de reposición principal, como igualmente la solicitud de suspensión del procedimiento, admitiendo a tramitación el recurso jerárquico subsidiario, ordenando remitir los antecedentes al Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), organismo que, a su vez, dio tramitación al recurso, disponiendo, en tanto, conforme al artículo 9 de la Ley N° 19.880 la suspensión del procedimiento de evaluación del estudio de impacto ambiental respectivo, mediante Resolución Exenta N° 121/2010 de 12 de febrero de 2010 (fs. 47), decisión refrendada con posterioridad por Oficio Ordinario N° 100621 de 18 de febrero de 2010 (fs. 49) en que se hizo presente a la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama (COREMA), acerca de las consecuencias legales que implicarían avanzar ante esta última sede en el proceso de calificación ambiental del proyecto en cuestión, procediendo COREMA de esta región a acatar finalmente dicha orden, de la que tomaron conocimiento todos los órganos de la Administración del Estado involucrados, entre los cuales se encontraba precisamente la Secretaria Regional Ministerial de Salud de Atacama (fs. 58) (fs. 61).

g) Que así las cosas y conocida en el ínterin la decisión del señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama contenida en Resolución N° 2060 de 7 de julio de 2010, objeto del presente recurso, dictada en el marco del procedimiento de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla que mudó la calificación anterior del proyecto, de "contaminante" a "molesta", la empresa titular, con fecha 15 de julio de 2010 procedió a desistirse ante la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) del recurso jerárquico pendiente a que se hizo referencia, solicitando la reanudación del procedimiento de evaluación respectivo, petición que fue resuelta favorablemente por dicha entidad mediante Resolución Exenta N° 721/2010 de 15 de julio de 2010 (fs. 65), que ordenó alzar con igual fecha la medida de suspensión del procedimiento decretada con anterioridad.

h) Que como consecuencia de lo anterior y fruto además del desistimiento del recurso aludido, reanudado el procedimiento que se encontraba en suspenso, el señor Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de Atacama, acto seguido, emitió el Ordinario N° 813 de 23 de julio de 2010 (fs. 308) que vino a compatibilizar el proyecto de que se trata con el uso de suelo autorizado por el respectivo plan regulador y, por su parte, la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama (COREMA), mediante Resolución Exenta N° 164 de 22 de julio de 2010 (fs. 107), procedió a revocar el Informe Consolidado de Evaluación anterior del proyecto Central Termoeléctrica Castilla, elaborando un nuevo informe (I.C.E.) con fecha 23 de julio de 2010, que pasó a incorporar los actuales pronunciamientos más favorables que se conocen, de las secretarías regionales ministeriales de salud y vivienda y urbanismo, posibilitando de este modo que se convocara a sesión extraordinaria el día 28 de julio de 2010, para llevar a cabo la votación sobre calificación ambiental del proyecto, o actividad, acorde a lo previsto en el artículo 34 del Decreto N° 95, la que no se materializó a virtud de la orden de no innovar decretada en estos antecedentes.

3.-) Que no debe perderse de vista que los alcances del presente recurso se circunscriben a establecer si determinada conducta del señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama es arbitraria o ilegal. En consecuencia, si mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010, dicha autoridad estaba facultada para dejar sin efecto anteriores actuaciones emanadas de la misma cartera que ya había manifestado y reiterado su disconformidad con el Proyecto Central Termoeléctrica Castilla, negando los permisos ambientales sectoriales requeridos por

considerarlo "contaminante" y pasar a reconsiderar el mencionado proyecto como "molesto", habilitando en consecuencia a su titular para obtener la respectiva autorización sobre uso de suelo y correspondiente resolución de calificación ambiental.

4.-) Que planteadas así las cosas, debe tenerse igualmente presente que ésta no es la instancia, ni el presente recurso el arbitrio pertinente para pronunciarse acerca de las bondades técnicas, ni para debatir acerca de la calificación final del proyecto. Recuérdese que el acto administrativo dejado sin efecto a través de la resolución que es objeto del recurso aparece enmarcado en el proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental del proyecto Central Termoeléctrica Castilla y corresponde a la respuesta al informe solicitado al señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama -entre otros órganos de la administración del estado partícipes del referido proceso requeridos de opinión al respecto-, pero de suyo relevante, atendidas las normas de calidad ambiental en juego que podrían verse comprometidas y la naturaleza y envergadura del proyecto (Central Termoeléctrica a carbón y a petróleo con una potencia total proyectada de más de 2000 MW), a instalarse en la zona de Punta Cachos, al interior de la Hacienda Castilla, a 80 Km. aproximadamente al S.W. de Copiapó. Por tanto, no caben aquí mayores discusiones técnicas de fondo, impropias de debatirse en esta sede, como se señaló, sino sólo proceder a determinar si la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama incurrió en ilegalidad y/o arbitrariedad al volver sobre sus pasos, y pocos meses después de haber considerado "contaminante" el proyecto, reconsiderarlo como "molesto", teniendo igualmente en consideración que será en definitiva la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama (COREMA) la instancia que en su oportunidad deberá pronunciarse, de acuerdo al reglamento respectivo, previo Informe Consolidado de Evaluación, acerca de la calificación ambiental del proyecto o actividad.

5.-) Que el aludido recurso extraordinario de revisión mediante cuya interposición el titular del proyecto obtuvo el pronunciamiento indicado del señor Seremi de Salud de Atacama, a través de la dictación de la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010 que se cuestiona, corresponde a un arbitrio de los que la doctrina califica de corte administrativo gubernativo, pues su interposición y conocimiento corresponde a la misma autoridad que hubiere dictado la resolución o ejecutado el acto y se encuentra establecido en el artículo 60 de la Ley N° 19.880, sobre Base de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. La citada disposición enumera taxativamente las causales que lo hacen procedente y de allí arranca su carácter

extraordinario. Se ha dicho asimismo que este medio de impugnación, acorde a la causal en que se funda, más que pretender una reforma o revocación, persigue rectificar los errores que emanan del propio contenido del acto que se cuestiona, sin pretender revisar su mérito, ni afectar el fondo de la decisión.

6.-) Que en el caso que se conoce el titular del proyecto invocó como fundamento del recurso la causal contemplada en la letra b) del artículo 60 de la Ley N° 19.880, esto es, el haber incurrido la autoridad en manifiesto error de hecho en la dictación del Ordinario BS3 110/2010 y de la Resolución Exenta N° 378/2010, que resultó determinante en la decisión adoptada de considerar y reafirmar el criterio de "contaminante" del proyecto. Del examen del aludido recurso, básicamente, se señalan como errores de hecho denunciados en que habría incurrido la autoridad sectorial, en su dictación, los siguientes: la calificación de contaminante efectuada por aquélla, se habría fundado en valores erróneos que no serían resultado de una correcta aplicación de la metodología preestablecida, ni corresponderían a los antecedentes presentados por su parte; en relación a los gases modelados SO₂, CO y O₃, se yerra en la determinación de los valores de concentración obtenidos para el percentil horario NO₂, considerados elevados en el punto máximo de impacto (específicamente un 91%), lo que asegura no sería efectivo, al no estimarse adecuadamente las medidas de mitigación propuestas por el titular, arribándose a una conclusión incorrecta; los argumentos que fundan la calificación de contaminante por la autoridad, resultarían asimismo ser meras presunciones, medios de prueba o de motivación de decisiones administrativas que no corresponden a esta clase de actos de calificación; contradice la ausencia de estimación de elementos trazas presentes en el material particulado respirable que se le observa; y, por último, en el apartado III de su recurso pasa a analizar largamente lo infundado de la calificación efectuada por la autoridad, entrando de lleno a un análisis de fondo de las distintas variables en juego, solicitando derechamente en su petitorio que se dejen sin efecto las actuaciones que se cuestionan dictándose en su reemplazo un nuevo acto administrativo legal y válido que considere los antecedentes y modelaciones entregados por su parte.

7.-) Que, sin embargo, de cuanto se solicita por el recurrente de revisión, se advierte claramente que no se trata en este caso de la representación de manifiestos errores de hecho en que habría incurrido la autoridad, que claramente se desprenderían de la simple lectura del texto continente del acto reprochado, que permitieran su corrección sin más dificultad. Por el contrario, como se ha señalado más arriba, lo que en buenas cuentas se

ha pretendido a través del señalado expediente, previo cuestionamiento de los criterios técnicos y jurídicos empleados así como de la decisión de fondo de la autoridad sectorial, es obtener, precisamente, que ésta deje sin efecto las cuestionadas resoluciones anteriores de la misma cartera y se emita una nueva que otorgue satisfacción plena a sus pretensiones, esto es, que venga a calificar simplemente de "molesto" el proyecto. Desde luego, todo ello no se aviene con la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, al pretender cuestionarse abiertamente por este medio el mérito de fondo de una actuación anterior de la autoridad olvidando el alcance limitado que se le asigna por ley a este mecanismo de impugnación, cuyo objeto, acorde a la causal que se invoca se reduce, como se señaló, simplemente, a corregir defectos que deban aparecer de manifiesto del acto, sin alterar sustancialmente su contenido.

8.-) Que no obstante, la autoridad recurrida acogiendo los planteamientos expuestos por el titular del proyecto y revisando a fondo el mérito de su decisión anterior, a partir de un análisis de la totalidad de los antecedentes que constan en el respectivo proceso de evaluación, así como de un informe técnico solicitado al efecto, como ella misma se encargó de señalar -excediendo por tanto el marco que le permitía el recurso de revisión interpuesto, consagrado por definición sólo a la corrección de errores de hecho que aparecieran de manifiesto del acto-, procedió a dejar sin efecto un ordinario y una resolución anteriores de la misma cartera, pasando a recalificar el proyecto, para el cual había sido requerido de informe por la autoridad medio ambiental, de "contaminante" a "molesto", recordando que la mencionada autoridad de salud se encontraba limitada al conocer y resolver el mencionado recurso, por el contenido y el mérito de su decisión anterior, todo lo cual inevitablemente torna ilegal la actuación del señor Seremi de Salud de Atacama, que en tales condiciones aparece sobrepasando sus atribuciones legales y reglamentarias, con ocasión de la dictación de la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010, objeto del presente recurso.

9.-) Que igualmente cabe calificar de ilegal dicha conducta, al haberse dictado la referida Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010 por la autoridad de salud en circunstancias que se encontraba suspendido el proceso de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental (E.I.A.) del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla por decisión superior, dispuesta por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) de fecha 12 de febrero de 2010 y reiterada el 18 del mismo mes y año, con ocasión del recurso jerárquico interpuesto para ante dicho organismo por el titular del proyecto en contra del

Informe Consolidado de Evaluación (I.C.E.) emitido por la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA), recurso este último respecto del cual el titular vino a desistirse tan pronto tomó conocimiento de haber obtenido resultado favorable a través de la dictación de la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010. Como se señaló en su oportunidad, la Comisión Nacional del Medio Ambiente, con ocasión de la suspensión decretada, fue enfática en hacer saber a las autoridades locales acerca de las consecuencias legales que acarrearía seguir adelante en el proceso de evaluación respectivo, de todo lo cual se hizo saber oportunamente, entre otras reparticiones a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama, no obstante lo cual su titular, sin respetar la orden de suspensión decretada y encontrándose ésta plenamente vigente -en tanto se conocía del recurso jerárquico pendiente a que se ha hecho referencia-, admitió a tramitación e hizo lugar al recurso de revisión extraordinario, deducido en contra del Ordinario BS3 110/2010 y la Resolución Exenta N° 378 de 8 de febrero de 2010, dictando la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010 que se conoce, la cual pasó a reconsiderar el proyecto en estudio desde el punto de vista de dicha cartera, de "contaminante" a "molesto".

10.-) Que desde tal perspectiva, no procede dar acogida a la alegación que se hace, en cuanto a que la suspensión del procedimiento de evaluación de impacto ambiental respectivo se habría direccionado en forma exclusiva a la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA), pero que no vincularía ni obligaría a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama, órgano que habría actuado con plena independencia al pronunciarse conforme a sus competencias al conocer del mentado recurso. Si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 letra c) y 14 letra a) de la Ley N° 19.300, el procedimiento administrativo para la tramitación de los Estudios de Impacto Ambiental considera una forma de consulta y coordinación de los órganos del Estado con atribuciones ambientales sectoriales que digan relación con el otorgamiento de permisos para el proyecto o actividad a evaluar, el artículo 23 del D.S. N° 95, por su parte, los considera partícipes del respectivo proceso de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, en cuanto mediante informe fundado deberán indicar si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental en el ámbito de sus respectivas competencias. En tal condición, es claro que la orden de suspensión del proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla, en el cual actuaba como partícipe relevante la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama, alcanzaba plenamente en sus efectos a dicha cartera dado, además, que el

informe anterior emitido por la autoridad de salud (BS3/110/2010), dejado sin efecto por la vía del recurso de revisión extraordinaria -al tiempo de su interposición y resolución-, ya había sido considerado y formaba parte integrante del I.C.E., desfavorable a las pretensiones del titular y en contra del cual este último había recurrido ante el superior jerárquico (CONAMA) logrando la suspensión del proceso de evaluación del proyecto. En tales condiciones y encontrándose por tanto en suspenso todo pronunciamiento al respecto, un mínimo de reflexión y razonabilidad hacía aconsejable y prudente que la autoridad de salud se abstuviese de conocer de dicho medio de impugnación, en lugar de resolver tan radicalmente, como lo hizo.

11.-) Que el S.E.I.A. es un procedimiento de carácter preventivo que permite al Estado realizar una evaluación de los impactos ambientales que un determinado proyecto o actividad puede ocasionar, siendo su idea matriz la de contar con un mecanismo expedito que permita hacer converger con ese propósito a todos los organismos del sector público con competencias ambientales para coordinar el cotejo de las diferentes variables que concurren en la gestión ambiental de dicho proyecto (Institucionalidad Ambiental en el Derecho Chileno, Luis Cordero Vega, Págs. 130 y 143). Por su parte la CONAMA da un concepto de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (S.E.I.A.) indicando que debe entenderse como un conjunto de procedimientos que tienen por objeto identificar y evaluar los impactos ambientales positivos y negativos, que un determinado proyecto o actividad generará o presentará, permitiendo diseñar medidas que reduzcan los impactos negativos y fortalezcan los impactos positivos (Cit. en Manual de derecho Ambiental Chileno, Pedro Fernández Bitterlich. Pág. 173).

Como puede observarse, el estudio de impacto ambiental sometido a dicho marco regulatorio importa un proceso complejo e integral que culmina y se perfecciona con la dictación de una resolución (R.C.A.) por el respectivo órgano medio ambiental (COREMA), en votación de sus miembros, quienes califican ambientalmente el proyecto o actividad (artículos 24 de la Ley N° 19.300 y 34 del D.S. N° 95 de 2002), siendo de tal relevancia que se obtenga resolución favorable, que en tal caso ningún órgano del Estado podrá negar las autorizaciones ambientales pertinentes; en caso contrario, de rechazarse el estudio, el responsable del proyecto o actividad podrá presentar uno nuevo.

Inserto en tal proceso, como se señaló, destaca la intervención de ciertos Órganos de la Administración del Estado que deben ser consultados, e informar fundadamente -en el ámbito de sus respectivas competencias-, si determinado proyecto o actividad cumple con

la normativa de carácter ambiental. Es el caso, precisamente, de la autoridad de salud, cuyo parecer de frente al estudio que se cuestiona en estos antecedentes, resultaba de la mayor trascendencia, cuanto más si a raíz del análisis del respectivo proyecto se encontraba comprometida la aplicación de normas primarias y secundarias de calidad ambiental (artículo 32 de la Ley N° 19.300), así como de emisión, dictadas a través de decretos supremos, con la firma de los ministros del ramo y de aplicación general en todo el territorio de la República, a través de las respectivas Secretarías Regionales Ministeriales, como órganos de desconcentración territorial, a cargo de un secretario ministerial, que es el representante del ministerio correspondiente (artículos 61 y 62 de la Ley N° 19.175).

12.-) Que en el caso que se conoce, es útil recordar que el proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental del proyecto Central Termoeléctrica Castilla que se encontraba en suspenso, se vio súbitamente alterado por la interposición de un recurso administrativo de limitados alcances, a través del cual y no obstante no concurrir ninguna causa legal para ello, el propio titular del proyecto que había instado por su suspensión, obtuvo del señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama revertir un informe fundado anterior de dicha cartera, ya incorporado al Informe Consolidado de Evaluación del Proyecto (I.C.E.), que lo había calificado de "contaminante", pasando a considerarlo simplemente "molesto", todo ello, como se señaló, dentro de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se encontraba legalmente suspendido por resolución del Director Ejecutivo de CONAMA y con la expresa finalidad de producir efectos en dicho procedimiento, al decir del recurrente. De allí entonces, lo impropio del proceder que se reprocha, de parte del titular del proyecto así como de la autoridad recurrida, al intervenir, alterar y fraccionar con su actuar un proceso de evaluación consolidado que se encontraba impugnado a través de los recursos correspondientes.

13.-) Que la tutela que el recurso de protección otorga a quien por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías establecidas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, alcanza también al derecho constitucional de vivir en un ambiente libre de contaminación, consagrado en el N° 8 de dicho artículo, aunque limitada a su afectación por acto u omisión ilegal, imputable a una autoridad o persona determinada. Siguiendo con el análisis de algunos aspectos relevantes del recurso de protección, vale la pena recordar que la interposición de un recurso de protección en

defensa del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación procede cuando, al igual que en el resto de los derechos, es afectado por actos u omisiones que produzcan privación, perturbación o amenaza, ello es posible toda vez que el inciso primero del artículo 20 de la Carta Fundamental establece una norma de general aplicación para ambos incisos (Manual de Derecho Ambiental Chileno, Pedro Fernández Bitterlich, págs. 149, 150. Así, basta la sola amenaza al legítimo ejercicio del derecho a vivir en un ambiente no contaminado, para que se cumpla con el requisito de ser afectado el bien jurídico que está sujeto a protección (El Recurso de Protección y el Derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. María Cecilia Yáñez A. Gaceta Jurídica, Boletín N° 10 año 1993).

14.-) Que el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República en su inciso 1° asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por su parte el artículo 2° letra m) de la Ley N° 19.300 define lo que es un "medio ambiente libre de contaminación" y, en sus letras c) y d), lo que debe entenderse por "contaminación" y "contaminante", siendo esta última acepción, a la que ha venido haciéndose referencia tantas veces, comprensiva de todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.

El derecho definido en el artículo 19 N° 8 de la Carta es de índole individual, pero, al mismo tiempo, también social. En efecto, por una parte, constituye un derecho subjetivo de todas las personas naturales, tanto para vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como para disfrutar de una naturaleza no dañada o alterada, y, por otra parte, conforma asimismo un derecho social, por cuanto resguarda bienes jurídicos de carácter colectivo que deben ser protegidos por el Estado, para lo cual la Carta le exige el cumplimiento de ciertas tareas, según lo que indica la segunda oración del inciso 1° del N° 8 (tratado de Derecho Constitucional Tomo XII. Alejandro Silva Bascuñán, págs. 99 y 100).

15.-) Que como se ha visto, la recalificación asignada al Proyecto Central Termoeléctrica Castilla de "contaminante" a "molesta", a través de la actuación del señor Seremi de Salud que se cuestiona, vino a repercutir decisivamente en la marcha del proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental del referido proyecto. Aparte del

desistimiento inmediato por parte del titular, ante la CONAMA, del recurso jerárquico pendiente en contra del I.C.E. desfavorable a sus pretensiones y, consecuente reanudación del proyecto que se encontraba suspendido, el señor Seremi de Vivienda y Urbanismo, pasó a continuación a mudar su parecer anterior haciendo en consecuencia compatible el proyecto con el uso de suelo acorde al Plan Regulador Comunal, que tolera industrias "molestas" en el área y, por su parte, la COREMA, dejando sin efecto el Informe Consolidado de Evaluación (I.C.E.) a que se hizo mención anteriormente, procedió a dictar uno nuevo, que incorporó los pronunciamientos de Salud, Vivienda y Urbanismo, lo que eventualmente podría conducir a obtener, en su oportunidad, una calificación favorable del proyecto, no obstante las irregularidades que se han señalado, en cuyo caso, es evidente que la actuación del señor Secretario Regional Ministerial de Salud, mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010, excediendo sus atribuciones legales y reglamentarias, con las consecuencias que se han anotado, constituye una amenaza cierta al legítimo ejercicio del derecho constitucional de los recurrentes a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La amenaza en este caso es cierta, desde que los hechos en que se funda o en que se la hace consistir hacen temer, razonablemente, que llegue a ocurrir la privación o perturbación a que alude el artículo 20 de la Constitución Política de la República. En efecto y, aunque resulte repetitivo, la serie de actos posteriores ya reseñados que se desencadenaron a resultas del actuar del señor Seremi de Salud de Atacama que se cuestiona, mediante el cual dicha autoridad, recalificó el proyecto de "Contaminante" a "Molesto" -esto es, aquél cuyas actividades pudieran ocasionalmente causar daños a la salud o a la propiedad y que normalmente quedan circunscritos al predio de la propia instalación-, inducían a la votación final de calificación del proyecto a partir de un acto administrativo ilegal, con todas las consecuencias que resultan dables de suponer de aprobarse el referido proyecto en tales condiciones, inicialmente calificado por la autoridad de "contaminante", esto es, cuando a consecuencia de las operaciones o procesos que se practican o por los elementos que se acopian, dan lugar a consecuencias tales como vertimientos, desprendimientos, emanaciones, trepidaciones, ruidos, que puedan llegar a alterar el equilibrio del medio ambiente por el uso desmedido de la naturaleza o por la incorporación a la biósfera de sustancias extrañas que perjudican directa o indirectamente la salud humana y ocasionen daños a los recursos agrícolas, forestales, pecuarios, piscícolas u otras.

Como puede verse, las diferencias entre una calificación y otra son notables, todo lo cual debía obligar a las autoridades sectoriales con competencia ambiental llamadas a informar en un proyecto o actividad de la magnitud como el que se encontraba sujeto a evaluación, a ser extremadamente rigurosas en el ejercicio de los controles correspondientes.

16.-) Que por otra parte la importancia del principio de legalidad en el ámbito administrativo, es de trascendencia, dado que su acatamiento por el Poder Administrador hace posible la vigencia real de los derechos individuales. Tal principio, que descarta o excluye perentoriamente el ejercicio de potestades públicas sin que previamente hubiere mediado una habilitación normativa expresa, se encuentra consagrado en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República (El Acto Administrativo. Hugo Caldera D. págs. 13, 26, 35). Tales normas establecen que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República, los que actúan validamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley y ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que las que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

17.-) Que relacionado con lo anterior y en lo que atañe a este recurso, se ha dicho que si consideramos que los actos administrativos tienen como propósito inmediato el crear o reconocer situaciones o hechos relevantes en el mundo del derecho, resulta indispensable que las situaciones jurídicas así reconocidas o creadas tengan un cierto grado de permanencia en el tiempo pues la persistencia de los efectos del acto administrativo es un elemento indispensable para la seguridad jurídica, lo que no significa que la administración no pueda revocar sus propias decisiones, cuando éstas devienen o aparecen, luego de su puesta en ejecución, como inadecuadas o inconvenientes. De igual modo se ha sostenido que, en general, siendo la impugnación o recurribilidad de los actos administrativos un aspecto del control jurídico de la administración, aquel ejercicio puede promoverse ante ésta, por la vía administrativa, a través de los denominados recursos administrativos, pudiéndose también impugnar el acto en vía jurisdiccional, ante los tribunales ordinarios (Ob. Cit. Págs. 78, 79).

18.-) Que el artículo 10 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, consagra formalmente el principio de que los actos de la administración son impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Por su parte la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, en su capítulo IV que trata de la Invalidación y de la Revisión de los Actos Administrativos, contempla en sus artículos 59 y 60 los recursos de reposición, jerárquico y de revisión extraordinario, como medios de impugnación de los actos de la Administración Pública.

Se ha señalado con anterioridad que el titular del proyecto sujeto a evaluación de impacto ambiental que se encontraba en suspenso, recurrió precisamente a esta última vía, la del recurso extraordinario de revisión, para impugnar determinadas actuaciones emanadas de la señora Secretaria Regional Ministerial de Salud de la época, que consideró y reafirmó la condición de "contaminante" del referido proyecto, negando en consecuencia los permisos ambientales sectoriales requeridos, haciéndose presente por parte del accionante de revisión, como fundamento de su recurso, que se habría incurrido de parte de dicha autoridad, en manifiestos errores de hecho, que resultaron determinantes en la dictación del Ord. BS3 110/2010 y la Resolución Exenta N° 378/2010, que calificaron de "contaminante" el referido proyecto.

Sin embargo, tal como ha quedado establecido, la autoridad recurrida, que vino a suceder en el cargo a la señora Secretaria Regional Ministerial de dicha cartera, al dar tramitación y hacer lugar al mencionado recurso, sin tener margen para ello, en una decisión calificada de ilegal y arbitraria, pues no se trataba en la especie de la corrección de simples o manifiestos errores de hecho como se proponía, acorde a la causal invocada contenida en la letra b) del artículo 60 de la Ley N° 19.880, sino del reestudio de mérito de una decisión anterior, procediendo contra sus propios actos, sin tener base legal para ello, en un procedimiento que se encontraba suspendido y en un verdadero ejercicio de autotutela, declaró inválidos ciertos actos administrativos firmes que ya habían producido efectos desde el instante mismo de su vigencia al ser incorporados dichos antecedentes o tomados en cuenta en el respectivo I.C.E. (Informe Consolidado de Evaluación) del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla, que a su vez se encontraba impugnado a través de otros mecanismos legales. Todo ello condujo a la postre, como se sabe, a que la autoridad recurrida, mediante Resolución Exenta N° 2060 de 7 de julio de 2010, pasara a

recalificar de "molesto" el aludido proyecto, con todas las consecuencias que se desencadenaron y que se estima innecesario volver a reproducir.

En consecuencia, atenta contra el derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución política de la República, la actuación del señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama que se reprocha, que afecta a los recurrentes, puesto que éstos, en las condiciones anotadas, se han visto imposibilitados para actuar y defender en términos igualitarios sus derechos dentro del proceso de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto aludido en que se inserta dicha actuación, que dice perjudicarles, en atención a su condición de extraños a dicho procedimiento.

Recuérdese que merced a la inopinada e irregular actuación del señor Seremi de Salud de Atacama, el señor Seremi de Vivienda y Urbanismo, en la misma línea, visó la instalación de la industria, acorde al uso de suelo, en su proyectado sitio de emplazamiento; COREMA Atacama, por su parte, dejó sin efecto el I.C.E. anterior, dictando uno nuevo, a todas luces más favorable a las pretensiones del titular del proyecto, quedando en condiciones dicho organismo de proceder a la votación de calificación final del proyecto, enmarcado ello en un procedimiento en el cual los recurrentes, al igual que toda la ciudadanía, aparecen como simples espectadores.

19.-) Que, por último, se sostiene por el recurrente que igualmente se ha visto infringido el artículo 19 N° 3 incisos 2° y 4° de la Constitución Política de la República, en cuanto toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se hallare establecido con anterioridad a ésta. Se asegura que en este caso el señor Seremi de Salud de Atacama, al estimar que dos actos administrativos anteriores emanados de su misma repartición adolecían de errores o ilegalidades, ha decidido tomar justicia por su propia mano y proceder a dejar sin efecto tales actos, por sí y ante sí, sin recurrir a los tribunales de justicia establecidos por la Constitución y las leyes, que son los únicos órganos facultados para declarar la invalidez o ilegalidad de un acto administrativo afinado o terminado y que había producido efectos para terceros directamente perjudicados por el proyecto sujeto a evaluación, que había sido declarado como "contaminante" por la autoridad.

20.-) Que, sin embargo, tales argumentaciones no podrán prosperar atento a cuanto se ha dicho a partir del fundamento decimosexto de esta sentencia y a que no se evidencia de los antecedentes que el recurrente en particular aparezca siendo juzgado por comisión especial, a razón del ejercicio por parte del señor Seremi de Salud de Atacama, de la potestad reglada del artículo 60 de la Ley N° 19.880, aspecto que, no obstante, ya ha sido revisado latamente con ocasión del análisis de las otras garantías constitucionales que se dicen vulneradas.

21.-) Que, como se ha dicho, el recurso de protección procede cuando el que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías establecidas en el 9 de la Constitución de la República, como también, que el recurso de protección lo que persigue es la mantención regular del orden jurídico a través de la adopción de providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y reparar, con premura, la juridicidad quebrantada.

Por estas consideraciones, citas legales y con lo dispuesto en los artículos 19 N° 2, 3 y 8; y 20 de la Constitución Política de la República, SE ACOGE el recurso de protección deducido por don Gonzalo Domínguez Vieytes, en contra del señor Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama, Doctor Raúl Martínez Guzmán, recurso en el cual se hicieron parte asimismo don Manuel Luciano Rocco Hidalgo, doña María Holanda Pastén Zúñiga y don Milton Morales Morales, en las representaciones indicadas, SOLO EN CUANTO, se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 2060 dictada por dicha autoridad, con fecha 7 de julio de 2010, antecedente que en consecuencia no podrá ser tomado en consideración por la autoridad medio ambiental regional que corresponda, en el respectivo proceso de estudio de impacto ambiental y calificación del Proyecto Central Termoeléctrica Castilla de su titular MPX Energía de Chile Ltda., hoy CGX Castilla Generación S.A.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Redacción del Ministro Señor Francisco Sandoval Quappe.

ROL N° 235-2010.

PRONUNCIADA POR LOS MINISTROS TITULARES SEÑORA LUISA LÓPEZ TRONCOSO, DON FRANCISCO SANDOVAL QUAPPE Y DON ÁLVARO CARRASCO LABRA.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, quince de noviembre del año dos mil diez.

Vistos:

Se elimina desde el fundamento quinto al vigésimo de la sentencia en alzada.

Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que se ha solicitado por los recurrentes amparo constitucional contra la Resolución Exenta Nº 2060 de 7 de julio del año 2010 dictada por el Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama que, acogiendo un recurso extraordinario de revisión, dejó sin efecto el Ordinario BS3 110/2010 de 19 de enero de 2010, que califica la actividad industrial del proyecto "Central Termoeléctrica Castilla" como "contaminante", y la Resolución Exenta Nº 378 de 8 de febrero de 2010, que rechaza una solicitud de invalidación -mal llamado recurso- y un recurso de reposición, pronunciada por esa misma Secretaría Regional Ministerial de Salud, modificando dicha calificación de "contaminante" a "molesto".

El acto administrativo contra el cual se recurre se inserta dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental del referido proyecto cuyo titular es la empresa "CGX Castilla Generación S.A.". Éste consiste básicamente en la construcción y operación de una central termoeléctrica a carbón compuesta por seis unidades de carbón pulverizado de 350 MW de potencia bruta cada una, y de una central termoeléctrica a petróleo diesel que incluye dos turbinas de 127 MW de potencia bruta cada una. El complejo termoeléctrico se emplazaría en la comuna de Copiapó, específicamente en la zona denominada Punta Cachos al interior de la Hacienda Castilla, distante 80 Km. al sur-oeste de la ciudad de Copiapó;

SEGUNDO: Que la Secretaria Regional Ministerial de Salud de Atacama, al emitir su informe acerca del Estudio de Impacto Ambiental y las respectivas Adendas prestadas por la empresa, determinó, en lo que interesa a esta acción constitucional, que de acuerdo a los antecedentes evaluados la actividad industrial del proyecto "Central Termoeléctrica

Castilla" se la calificaba como contaminante debido a las emisiones atmosféricas de partículas y gases, especialmente NOx (óxidos de nitrógeno).

A su vez, frente a las medidas de mitigación propuestas por la empresa, la autoridad sanitaria sostuvo que aquéllas no eran suficientes para evitar que la calidad del aire se viera impactada de forma significativa, por lo cual estimó que no era posible descartar que el proyecto genere o presente riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de los efluentes, emisiones o residuos que genera o produce, conforme a lo previsto en el literal a) el artículo 11 de la Ley N° 19.300 y artículo 5 del Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 95/2001.

Para apoyar tales conclusiones la aludida autoridad se basó, en síntesis, en la magnitud de las emisiones de NOx que produciría la actividad sujeta a evaluación. Precisa que si bien la proyección de emisión de ciertos contaminantes daba cuenta que éstos se encuentran bajo sus respectivos valores límites normados, presentan igualmente valores significativamente altos en la zona de influencia directa del proyecto, destacando que las modelaciones sólo tienen la finalidad de entregar elementos de juicio a la autoridad para así evaluar el riesgo que la actividad conlleva. De este modo, acorde a los antecedentes que la resolución consigna, la autoridad de salud se manifestó "inconforme" con el proyecto "Central Termoeléctrica Castilla";

TERCERO: Que ante dicho pronunciamiento sectorial la empresa solicitó su invalidación y, en forma subsidiaria, presentó recursos de reposición y jerárquico. A través de tales recursos administrativos se acusó principalmente la ilegalidad de la resolución, en razón de una contravención en la verificación de cumplimiento de las normas de calidad del aire aplicables al proyecto. Añade que el pronunciamiento en cuestión exige en forma discrecional medidas de mitigación adicionales, no obstante cumplirse la normativa ambiental respectiva;

Mediante Resolución Exenta N° 378, de 8 de febrero de 2010, la Seremi de Salud de la Región de Atacama no dio lugar a la invalidación planteada aduciendo que la calificación de un establecimiento industrial como contaminante no se realiza tomando en consideración datos numéricos como los registrados en la modelaciones acompañadas por el titular del proyecto, sino que resulta de un acabado análisis de las características del futuro funcionamiento de la actividad de que se trate y considerando los eventuales riesgos que el proyecto pueda ocasionar sobre el medio ambiente;

CUARTO: Que tres meses después de este último dictamen, la empresa titular del proyecto interpuso un recurso extraordinario de revisión en contra del Ordinario BS3 11/2010 de 19 de enero de 2010 y la Resolución Exenta N° 378 de 8 de febrero de este año. Fundó este arbitrio de impugnación en la hipótesis prevista en la letra b) del artículo 60 de la Ley 19.880, esto es, haber incurrido la Seremi de Salud en "manifiestos errores de hecho" que fueron determinantes en la dictación de los actos administrativos cuestionados. Indica que la autoridad sanitaria no explicó los fundamentos que la llevaron a concluir el riesgo que tendría para la salud de la población el funcionamiento futuro del proyecto y que justificarían su postura de no atender únicamente el cumplimiento de la Norma Primaria de Calidad para NOx y particularmente NO2 (dióxido de nitrógeno) para los efectos de sustentar su calificación de contaminante.

Fundamentalmente reprocha que la autoridad consideró los efectos en la calidad del aire de las emisiones atmosféricas y especialmente de las sustancias recién mencionadas sobre la base de metodologías erradas e incompletas, lo que condujo a porcentajes, factores y predicciones de riesgos equivocados e infundados;

QUINTO: Que finalmente la Resolución N° 2060 al acoger el recurso extraordinario de revisión que se ha descrito señaló, en lo pertinente, que si bien la categoría de contaminante establecida en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones no está sujeta en forma exclusiva a parámetros numéricos, al momento de dictar el pronunciamiento impugnado por el recurso administrativo de revisión se tomó en consideración un cumplimiento de la Norma Primaria de Calidad del Aire para NO2 muy próximo a su valor máximo que se obtuvo a partir de la ejecución de una metodología errada de cálculo. También se enfatizó por la autoridad pública que el cálculo se llevó a cabo en un lugar donde no existen ni existirán asentamientos humanos, en circunstancia que corresponde ser realizado en el lugar en que efectivamente aquéllos estarán presentes, toda vez que es ahí donde deberán instalarse estaciones de monitoreo para cumplir la finalidad de las normas de calidad del aire, cual es proteger la salud de las personas.

Expresa, a continuación, que esta situación permitió que un proyecto sin superar los valores máximos tolerados por la normativa, esto es, sin constituir de manera objetiva un riesgo de daño para la salud de la población, fuera calificado como contaminante, infringiendo el artículo 2º letra d) de la Ley de Bases del Medio Ambiente, disposición legal que reserva dicha calificación sólo cuando la presencia del elemento en el ambiente

sobrepase ciertos niveles que no pueden ser otros que los fijados en la normativa ya citada;

SEXTO: Que el recurso de revisión formulado por la empresa titular del proyecto para obtener el dictamen que se cuestiona en esta sede cautelar tiene la específica calificación de extraordinario, pues cabe en vía administrativa ante actos que se encuentran firmes. Es decir, a través de este especial medio de impugnación es posible atacar actos decisorios conclusivos. Ello importa un carácter excepcionalísimo en su procedencia causal y que es recogido por el artículo 60 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos al consignar causales expresas en las que se puede basar.

Del tenor de los presupuestos de admisión que consigna el citado precepto legal, se desprenden particulares motivos, todos de carácter grave, que determinan que el acto administrativo no pueda ser mantenido por ser manifiestamente injusto u obtenido de manera censurable, impropia; cual no es la situación del caso de autos;

SÉPTIMO: Que en el caso en estudio, el fundamento en que se asiló la autoridad sanitaria para hacer lugar al recurso de revisión interpuesto por el titular del proyecto fue la de adolecer la resolución que analizaba de manifiestos errores de hecho que habían sido determinantes en la decisión de calificar de contaminante la actividad que iba a desplegar el complejo termoeléctrico sometido a evaluación ambiental.

Sin embargo, según se lee en los motivos 18º y 19º de la resolución de que se trata, el Secretario Regional Ministerial de Salud de Atacama, luego que "se abocó a la tarea de examinar con acuciosidad los errores alegados por el titular del proyecto" y de requerir un informe técnico emitido por la Unidad de Ambiente perteneciente a esa Secretaría Regional de Salud, pudo concluir que al momento de dictar el Ordinario N° BS3 110/2010 de 19 de enero pasado se incurrió en el error de no utilizar adecuadamente la metodología prevista para verificar el cumplimiento de la normativa ambiental sobre calidad del aire, lo que provocó un resultado muy cercano al valor máximo aceptable. Argumentó, además, que no obstante que los datos así obtenidos no superaban los límites establecidos en la legislación, y por tanto se cumplía la norma, se había estimado de todos modos que la actividad estudiada tenía el carácter de contaminante, infringiéndose el artículo 2º letra d) de la Ley N° 19.300 que difiere dicha calificación precisamente a casos que sobrepasen los niveles fijados por la ley ambiental;

OCTAVO: Que como puede advertirse de lo reseñado en el considerando que antecede, el ejercicio de esta particular potestad revisora de la Administración no observó las exigencias que previamente la ley ha determinado. En efecto, el citado artículo 60 -al contemplar el recurso de revisión contra actos firmes- encuentra su justificación en la existencia de un vicio de nulidad de características tales que tornan al acto administrativo de una ilicitud o ilegitimidad que obliga a extinguirlo, a fin de hacer cesar los efectos que produce. En la especie ninguno de estos supuestos concurre, pues la autoridad, apoyándose en una errada aplicación de las formas de cálculo contempladas en la legislación para determinar el cumplimiento de los niveles máximos de NO₂, yerro que sólo pudo ser revelado con un informe técnico y que constituyó sólo uno de los parámetros considerados para arribar a la conclusión de que el proyecto era contaminante, dispuso dejar sin efecto una decisión administrativa de innegable trascendencia en la evaluación de un proyecto industrial de gran magnitud; situación que no importa el presupuesto de la norma referida que autoriza sea dejado sin efecto un acto administrativo;

NOVENO: Que en seguida cabe consignar que si la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Atacama estuvo por estimar que los errores de cálculo antes anotados incidieron en una calificación industrial de contaminante que no se ajustaba a la normativa urbanística y ambiental vigente, y por consiguiente que era ilegal, su acción invalidatoria debía producirse mediante la ineludible observancia de una serie de requisitos y controles.

Efectivamente, si la autoridad sanitaria estimara la concurrencia de un supuesto de anulación o invalidación de sus actos por mandato del artículo 53 de la Ley N° 19.880 debió aplicarse el procedimiento de anulación o invalidación que contempla oír al interesado, inclusión que constituye un límite a esta facultad de revisión.

Es necesario destacar que siendo la potestad invalidatoria de la Administración una facultad o prerrogativa que puede ejercerse de oficio o a solicitud del interesado, su utilización deberá sujetarse a la exigencia de audiencia previa del mismo;

DÉCIMO: Que en el presente caso quienes solicitan amparo por esta vía ostentan dicha calidad de interesados, desde que se hallaban legitimados para actuar en el procedimiento administrativo que origina el referido artículo 53 en razón de haber intervenido, a través del mecanismo de participación y consulta ciudadana contemplado en la Ley de Bases del Medio Ambiente, en el procedimiento de evaluación del Estudio de

Impacto Ambiental del proyecto "Central Termoeléctrica Castilla", por tratarse de personas naturales a quienes afectaba su instalación;

UNDÉCIMO: Que no obstante existir tal regulación jurídica, la autoridad recurrida optó por emplear un "procedimiento de revocación" que no resultaba admisible y, especialmente, porque no acepta la intervención de quienes podían ser afectados por la decisión.

En otras palabras, el órgano administrativo, si bien realizó un acto de su competencia, ejerció su potestad al margen de las formas legales y por motivos y para fines distintos de aquellos previstos para el denominado recurso de revisión, lo que le resta validez, tornándolo ilegal;

DUODÉCIMO: Que atendidas las condiciones anómalas en que se gestó la actuación recurrida, ésta ha conculcado la garantía de los administrados recurrentes consagrada en el numeral 2º del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Ello por cuanto el concepto de igualdad ante la ley alcanza una dimensión de derecho fundamental a la seguridad jurídica. En el asunto sub-lite, la falsa aplicación de la normativa ambiental, específicamente la normas relativas a la metodología de medición de ciertos contaminantes -según lo alegado por la recurrida- hacía procedente el procedimiento de invalidación regulado en el artículo 53 de la Ley Nº 19.880, potestad que exige como trámite indispensable la audiencia de los recurrentes en su posición de interesados, lo que no se llevó a cabo. La invalidación, que no obstante puede efectuarse también a petición de parte, no constituye un recurso administrativo, sino una facultad de la autoridad que puede utilizarse mientras no se encuentre vencido el plazo de dos años que contempla la norma.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de quince de septiembre último, escrita a fojas 448.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol Nº 7167-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia.

ANEXO B
JURISPRUDENCIA AMBIENTAL UTILIZADA EN CAPITULO III

“HUMBERTO PALZA CON DIRECTOR DE RIEGO”

Partes: Palza Corvacho, Humberto con Director de Riego de la Primera Región y otros |
Recurso de Protección

Tribunal: Corte Suprema

Fecha: 19 -dic- 1985

LA CORTE

Vistos:

Reproduciendo la parte expositiva, fundamentos y citas legales de la sentencia apelada, con excepción de sus consideraciones 5ª, 6ª, 9ª, 10a, 11ª y 12ª, que se eliminan; suprimiendo en el motivo 8º lo que se consigna en su párrafo c) y teniendo, además, y en su lugar presente:

1º) Que dos son los derechos o garantías que de manera principal se hacen valer por los recurrentes como menoscabados o amenazados por actos y acciones de determinadas autoridades: el derecho de propiedad en cuanto se afectan sus cultivos agrícolas por el deterioro de la calidad de sus aguas con que se riegan, y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminaciones, derechos ambos asegurados por la Constitución Política en su artículo 19, números 24 y 8, respectivamente, protegidos en forma especial en su artículo 20;

2º) Que no se le ha discutido al recurrente señor Humberto Palza su calidad de agricultor y regante de un predio ubicado en la región de Futre, aguas arriba del valle de Azapa, y que forma parte de la Cooperativa Juan Noé, ni la de sus vecinos, quienes extraen para el regadío aguas de pozos que se surten de filtraciones del subsuelo provenientes del conjunto lacustre de la zona; tal dominio, uso y goce —se sostiene— se encuentra amenazado por la contaminación de sus aguas de riego consecuencia de mezclárselas con aguas extraídas del lago Chungará, cuya salinidad es muy elevada y no apta para el riego agrícola ni para la bebida;

3º) Que, desde luego, el propósito de la Dirección de Riego y del Ministerio de Obras Públicas de seguir extrayendo aguas del Chungará para vaciarlas en las lagunas del Cotacotani —y que ocasiona la mezcla que se objeta— aparece demostrado con múltiples antecedentes; sobre el particular se han agregado recortes de prensa en que el Ministro aludido y autoridades de la Dirección de Riego aparecen declarando que va a continuar la extracción de aguas de ese lago, momentáneamente suspendida (fojas 38 y 56); así aparece también del Plan Maestro para el riego que ha venido desarrollándose y que contempla básicamente esa extracción para mejorar el riego del valle de Azapa y aumentar la potencia de la central hidroeléctrica de Chapiquiña; tales propósitos fluyen también de la primitiva reserva de agua dispuesta a favor del Fisco y de la actual petición ante la Dirección de Aguas de una concesión de derechos de aprovechamiento con el carácter de consultivos, permanentes y continuos para extraer del Chungará 8 millones de metros cúbicos anuales, solicitud a que se refiere el documento que se lee a fojas 3. Por último, el hecho de la construcción de la estación extractora de aguas mediante bombas movidas con electricidad proveniente de la central Chapiquiña es otra demostración de los propósitos aludidos, de seguir realizando extracciones de aguas del lago Chungará en la cantidad anual señalada, para trasladarlas al Cotacotani;

4º) Que con el estudio de la Universidad de Tarapacá, relativo a la composición química del agua de ese lago y su comparación con las del Cotacotani y ciénaga del Parinacota, fruto de una larga observación, se establece que las aguas del Chungará son intensamente salinas y no aptas para la agricultura, salvo en terrenos muy permeables, con control de salinidad y sólo para cultivos tolerantes, siendo su contenido de sulfatos superior al aceptado por las normas chilenas sobre la materia para las aguas de riego y potables (principalmente así se consigna a fojas 33 y 34 del Estudio), situación que no ocurre respecto de las aguas del Cotacotani y del Parinacota, de mucho más baja salinidad, aguas estas que quedarán desmejoradas con la mezcla de aguas del Chungará, sufriendo una transformación o contaminación que exigiría "un uso restringido, con controles de salinidad", sentido en que debe interpretarse la conclusión 5º a que llegan la referida Dirección de Riego y la Universidad de Tarapacá en el documento de fojas 5;

5º) Que cabe concluir, entonces, respecto de este primer capítulo del recurso de protección, que la extracción de aguas del Chungará para mezclarlas con las aguas del Cotacotani y como consecuencia de ello con las del Parinacota, desmejorará este último

sistema debido a la alta salinidad de las primeras y con ello se afectarán los cultivos agrícolas de la zona al ser regados con esa mezcla, principalmente respecto de terrenos como los del reclamante señor Palza y de sus vecinos que se riegan con aguas subterráneas provenientes de filtraciones de las lagunas del Cotacotani y de las ciénagas del Parinacota; es decir, el goce que a ellos da derecho su dominio se perjudicará por la acción dispuesta por la autoridad; esas aguas que se extraen para el riego sufrirán un menoscabo, una contaminación;

6º) Que a fojas 113 fue agregada la declaración de una Organización Provincial de Usuarios del Canal Azapa, partidarios de que se extraigan aguas del lago Chungará para fomentar sus cultivos agrícolas, aspiración justa, pero que no puede ser determinante ni obstar a la conclusión a que se ha arribado ya que manifiestamente no se hacen cargo de la situación de los propietarios de más arriba cuyas tierras absorberán parte de ese exceso de salinidad;

7º) Que, sin embargo, lo anterior no es decisivo para acoger el recurso dados los beneficios que traería consigo el aumento del caudal de riego para numerosos propietarios agrícolas del valle de Azapa y por el aumento del potencial eléctrico de la Central Chapiquiña, siendo lo primordial y de mayor relevancia la defensa del medio ambiente que se promueve en el recurso de protección, que se vería dañado por la acción de determinadas autoridades que han instalado una estación de bombeo en un punto de la ribera del lago Chungará con el propósito de extraerle un apreciable caudal de agua anualmente para trasladarla a las lagunas del Cotacotani y ciénagas del Parinacota, aparte de que con ello se vulnerarían diversas Convenciones Internacionales, nuestra Constitución Política y algunas leyes patrias;

8º) Que en el recurso formulado telegráficamente y en su desarrollo posterior se precisa la acción de la autoridad de la cual se reclama y que consiste básicamente en su propósito de seguir extrayendo aguas del lago Chungará mediante bombas movidas eléctricamente para vaciarlas en las lagunas del Cotacotani, distantes unos 4 kilómetros de aquél y a unos 30 metros más bajo y cuyas aguas —del Cotacotani— se vacían en las ciénagas del Parinacota, fuente a su vez del río Lauca y del canal de ese nombre que conduce sus aguas hasta la Central Hidroeléctrica de Chapiquiña, derramándolas después en una quebrada del San José, el río del valle de Azapa. Se puntualiza que la extracción propuesta alcanzaría a 8 millones de metros cúbicos al año aunque respetando cierta cota

mínima respecto del nivel del mar, ocasionando un descenso de las aguas del lago en 5 metros, siendo que su profundidad máxima es sólo de 32 metros, dejando así en seco una playa de 400 hectáreas, hoy bajo aguas poco profundas que permiten el desarrollo de plantas acuáticas y crustáceos que sirven de alimento a valiosas especies de aves cuyo habitat es el lago, algunas únicas en el mundo, y que al disminuir su espejo de agua en un 20% disminuirá la evaporación natural cuya humedad permite el crecimiento y desarrollo de bofedales de los que se alimentan especies valiosísimas de la fauna típica del altiplano. Por último se sostiene, como ya se ha consignado, que las aguas del Chungará no son aptas para el riego ni la bebida y que al mezclarlas con las del Cotacotani desmejorarán y contaminarán las aguas de riego del terreno del señor Palza y su vecinos.

Todo esto afectará el medio ambiente regido por el sistema lacustre natural existente en esa zona.

9º) Que el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminaciones, estableciendo el deber del Estado de velar para que ese derecho no sea afectado y el de tutelar la preservación de la naturaleza, autorizando al legislador para establecer restricciones específicas de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. Y más adelante, en el número 24 de su artículo 19, la Constitución, después de garantizar el libre ejercicio de la propiedad y sus atributos (uso, goce y disposición), acepta sin embargo que mediante ley se la limite, dada su función social, que comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;

10º) Que el "medio ambiente", el "patrimonio ambiental, la "preservación de la naturaleza" de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven.

El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida;

11º) Que, con el estudio practicado por la Universidad de Tarapacá, un ejemplar del cual con su anexo rola en cuaderno especial, se comprueba que son ciertas las aseveraciones

formuladas por los recurrentes : se analizan en este Estudio la composición de las aguas del Chungará como también los recursos lacustres vecinos, comprobándose, según ya se ha consignado, que las aguas del Chungará no son aptas para riego agrícola ni para la bebida debido a su alto porcentaje de sales y que al mezclarlas en la cantidad propuesta por la autoridad con las aguas de las lagunas del Cotacotani las contaminará desmejorando su calidad de aguas de riego, lo que, se dijo, perjudica los derechos propietarios de los recurrentes y al mismo tiempo se produce contaminación del medio ambiente en que la agricultura se desarrolla; se sostiene también en el Estudio que la disminución del espejo de las aguas del Chungará, que es de 19 kilómetros cuadrados, y el retiro de sus aguas de la ribera ocasionarán la muerte de la flora y fauna acuáticas que se desarrollan bajo aguas de poca profundidad, todo lo cual entrará en descomposición, infectando y contaminando el restante de aguas de ese lago al ser arrastradas por las lluvias (principalmente fojas 1 de ese Estudio), lo que "comprometerá seriamente un sistema altiplánico regulado en forma natural y podría provocar consecuencias negativas en, la agricultura del valle de Azapa, como asimismo en las aguas para consumo humano de la ciudad de Arica" (fojas 01 del complemento o anexo); "el lago Chungará experimentará inexorablemente un descenso de su nivel que afectará su estabilidad hidrológica como también su equilibrio ecológico"; "muchas de las aves acuáticas se verán obligadas a emigrar; la superficie se reducirá enormemente, dejando al descubierto gran parte de la actual plataforma lacustre" (fojas 26 y 27 del anexo), "cuya flora morirá y será arrastrada por las lluvias hasta el resto del lago". Consigna, el Estudio, "que las lagunas del Cotacotani se vaciaban en forma natural por el Desaguadero hasta las ciénagas del Parinacota, y que al intervenir el hombre en fechas anteriores, construyendo un canal más profundo que el Desaguadero, esas lagunas han experimentado un descenso de 2,5 metros, disminuyendo en un 14% los 30 millones de metros cúbicos de sus aguas, pudiendo observarse grandes extensiones de terrenos que no hace mucho estaban bajo agua y que hoy presentan un blanco intenso como consecuencia de su costra de sal";

12º) Que las conclusiones a que arriba el Estudio de la Universidad de Tarapacá se encuentran corroboradas con el informe de fojas 74, complementado a fojas 81, del ingeniero señor Raúl Gillet, presidente de la Comisión de Preservación del Medio Ambiente, del Consejo Metropolitano del Colegio de Ingenieros de Chile. Recuerda que un postulado de la Ecología es entregar a las generaciones futuras un mundo por lo menos

igual si no mejorado del recibido de generaciones poco preocupadas de la naturaleza, lo que motivó la Declaración de Estocolmo (del año 1972), celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en que "todas las naciones acordaron hacer las paces con la naturaleza", pues hasta ese momento todo desarrollo se hacía a costa de destruirla, y es así como bosques, lagos, ríos y mares se han convertido en desiertos o porciones putrefactas de aguas, incapaces de sustentar la vida en su seno. Y agrega: eso es lo que pasará con el lago Chungará con la inconsulta extracción de aguas para fines de riego e hidrológicos, o sea, para fines comerciales. Recuerda también que el Director de Riego ha aceptado que la extracción de aguas reducirá el espejo actual del lago en un 20% y que rebajará su profundidad en 5 metros, quedando en seco unas 400 hectáreas (el 20% de las 2.000 hectáreas que tiene el Chungará); y que con ello se produciría una destrucción en cadena de algas y aves acuáticas y disminuirían los bofedales que lo circundan, en que se sustenta la fauna tan especial de esa zona. Por último recuerda que el lago Chungará forma parte del Parque Nacional del Lauca, junto con las lagunas del Cotacotani, y las ciénagas del Parinacota, por lo que todo ese sistema está protegido por la ley, y que el lago Chungará mismo fue declarado por la Unesco, a petición de Chile, reserva mundial de la biosfera, por contener o sostener especies únicas, algunas en peligro de extinción y también por su característica de gran belleza que presenta este conjunto de lagos y volcanes; termina sosteniendo que este "bombeo" hecho a un lago situado en un Parque Nacional y declarado Reserva de la Biosfera vulnera diversos acuerdos y convenciones internacionales y la legislación nacional;

13º) Que, en efecto, se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta Convención y por tanto la ley chilena hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos entre los que se encuentran los Parques Nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los Parques Nacionales no podrán explotarse con fines comerciales (misma Convención).

En este caso, es cierto, la instalación de una estación de bombeo y la extracción que se ha hecho y que se propone continuar no tiene por fin primordial una explotación comercial pues su finalidad es proveer de más agua a la agricultura de Azapa (fojas 22 y 23) y de más agua a la central hidroeléctrica de Chapiquiña, pero es evidente, también, que ello se

traducirá en una fuente de entradas fiscales como se expresa en el artículo de prensa que se compulsó a fojas 56;

14º) Que, asimismo, se dispuso hacer cumplir como ley de la República la Convención aprobada sobre Protección del Patrimonio Mundial, cultural y natural, suscrita en Unesco en noviembre de 1972, considerándose como patrimonio mundial: los monumentos de la naturaleza, las formaciones geológicas y las zonas que sirvan de habitat de especies de animales y vegetales amenazadas que tengan valor universal y los lugares que desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de las bellezas naturales, sean interesantes, declarándose que incumbe a los Estados indicar y delimitar esos puntos o zonas, patrimonio que debe conservarse, protegerse y transmitirse a las generaciones futuras, tomando las medidas jurídicas, científicas y técnicas para la defensa del patrimonio natural de valor universal, terrenos o zonas que serán inscritos en la Lista que confeccionará el Comité sobre el Patrimonio Mundial, con el consentimiento del Estado interesado.

Pues bien, a petición de Chile, se declaró al lago Chungará, reserva de la biosfera;

15º) Que la Ley 18.362 de 1984, instituyó el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado y entre sus finalidades de protección señala en su artículo 1º a) mantener áreas de carácter único o representativas de la diversidad de ecología natural del país o lugares con comunidades animales o vegetales, paisajes o formaciones geológicas naturales, a fin de posibilitar la educación e investigaciones y de asegurar la continuidad de los procesos evolutivos, las migraciones animales, los patrones de flujo genético y la regulación del medio ambiente; b) mantener y mejorar recursos de la flora y la fauna silvestre y racionalizar su utilización; ... d) mantener y mejorar los sistemas hidrológicos naturales; y e) preservar y mejorar los recursos escénicos naturales y los elementos culturales ligados a un ambiente natural.

Esta ley acepta, entre sus clasificaciones, la existencia de Parques Naturales y declara incluidos en éstos, los que ya habían merecido anteriormente esa designación. Definiendo los Parques Nacionales consigna que están constituidos por áreas generalmente extensas, donde existan diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo. Los objetivos de esta categoría

de manejo —de los Parques Nacionales— son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación.

Las distintas categorías de áreas protegidas se crean por decreto supremo, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, pudiendo alterarse su cabida o deslindes y reclasificarse, correspondiendo a la Corporación que se crea, la administración y vigilancia del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas;

16º) Que todo lo anterior —la existencia de los Convenios Internacionales aludidos, en los que se ha acordado proteger la naturaleza y no destruirla, preservar la fauna y la flora silvestre de interés nacional o mundial, y la inclusión del lago Chungará en un Parque Nacional y en el listado de la Unesco como reserva mundial de la biosfera, Convenciones y Acuerdos que requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional, y, por otro lado, la existencia de nuestra propia legislación que contiene incluso preceptos constitucionales que ordenan al Estado el deber de velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza— y los estudios y antecedentes agregados a la causa, estaban y 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 el 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;

17º) Que es verdad que en virtud de disposiciones gubernamentales —de diversos decretos supremos— y desde antaño, se ha estado impulsando un Plan destinado a extraer aguas del Chungará para lo cual se ha reservado parte de sus aguas y se ha terminado por instalar en una de sus orillas una estación de extracción de aguas mediante bombas impulsadas eléctricamente, aparte de otras obras más que contempla dicho Plan y en que los Ministerios del Ramo se han propuesto realizar una extracción de 8 millones

de metros cúbicos al año con la finalidad de mejorar el riego agrícola del valle de Azapa en algunas hectáreas y aumentar el potencial eléctrico en algunos kilowatts hora, con las probables consecuencias adversas que se han señalado para el medio ambiente y el sistema ecológico imperante, pero es lo cierto que actualmente se dispone de nuevos antecedentes y de estudios más completos y se comprende mejor la necesidad de proteger la naturaleza y el medio ambiente así como las bellezas escénicas naturales, reservando ciertas secciones del territorio con fines de estudio y recreación, 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, libre de contaminaciones, otorgando a los particulares el recurso de protección respecto de algunos de los derechos y garantías que instituye.

Con estos nuevos antecedentes y la posibilidad insinuada de que existirían otras fuentes de aguas de que echar mano para los propósitos de la administración, se deberá resolver jurídica y definitivamente el diferendo surgido entre ciertas autoridades y los recurrentes y demás habitantes de la región, sin perjuicio de acciones judiciales que pudieran impetrarse;

18º) Que, finalmente, interesa dejar consignado que al considerar la Corte de Apelaciones de Arica que los actos de la autoridad de que se reclama son ilegales debiendo la solución ser materia de ley, implícitamente ha suspendido la extracción de aguas del Chungará mientras se mantenga esa ilegalidad, siendo éste el alcance que debe darse a la decisión de ese tribunal.

Se confirma la sentencia de veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, escrita a fojas 85, con declaración de que la suspensión de la extracción de aguas del Chungará subsistirá mientras se mantenga a ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca, mientras no se le excluya del listado de la Unesco de ser reserva de la biosfera, inclusión que se obtuvo por petición del gobierno chileno y entretanto no se tome una decisión gubernamental mediante los mecanismos admitidos por la ley.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 19.824.

Redactó el Ministro señor Osvaldo Erbetta Vaccaro.

Pronunciado por los Ministros Sres. *Luis Maldonado B., Octavio Ramírez M., Osvaldo Erbetta V., Hernán Cereceda B, y Enrique Zurita C.*

La sentencia confirmada es del tenor siguiente, en la parte que se da por reproducida:

LA CORTE

Vistos:

Fernando Dougnac Rodríguez, abogado, en representación del agricultor del Valle de Azapa, don Humberto Palza Corvacho, miembro del Comité de Desarrollo de Futre, del Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y Flora, interpone recurso de protección en contra del Sr. Director de Riego de la Primera Región, don Rafael Ahumada Pérez, del Secretario Regional del Ministerio de Obras Públicas, don Mario de la Torre Quiroga, del Director General de Obras Públicas, don Mario Lillo Palacios, del Sr. Ministro de Obras Públicas, don Bruno Siebert Held, exponiendo en sus libelos de fojas 1 y fojas 25, los capítulos que se sintetizan.

a) Se dice que el Lago Chungará está situado en la Primera Región, entre los paralelos 18,10 minutos y 18,20 minutos Sur, junto a la frontera con Bolivia, a una altura de 4.520 metros sobre el nivel del mar, aproximadamente. Su superficie es de alrededor de 19 kilómetros cuadrados, con un volumen de agua almacenada de 385 millones de litros cúbicos y una profundidad máxima de 32 metros. El Lago se formó durante la última glaciación que azotó América y sus aguas son fósiles, lo que significa que pertenecen al período indicado. Se agrega que en la actualidad su equilibrio es frágil, atendida la escasa recarga que recibe de sus afluentes, las lluvias, en proporción a lo que se pierde por evaporación.

Unida al Chungará, está la laguna Cotacotani, a unos 4 kilómetros de aquél. Está formada por cuatro lagunas de diversos tamaños. Las tres mayores están conectadas por un canal y un bajo natural, cuya cota de fondo es de 4.495-5 metros sobre el nivel del mar; la cuarta es una laguna pequeña que comunica a las otras por un canal cuya cota de fondo es de 4.497,5 metros sobre el nivel del mar. Tiene una superficie de 6 kilómetros cuadrados y un volumen de agua almacenada de 30 millones de metros cúbicos. Sus afluentes son el río Benedicto Morales y el Estero El Encuentro, y su descarga natural da a un río desaguadero que vierte su caudal en "Las Ciénagas de Parinacota", donde nace

el río "Lauca", que surte al río "San José", que abastece al Valle de Azapa. El fenómeno principal se traduce en que el Chungará filtra subterráneamente sus aguas al Cotacotani, pero este drenaje hace perder la salinidad del primer lago, sin afectar sustancialmente al segundo.

El funcionamiento indicado permite al Chungará mantener el equilibrio entre la evaporación y el recargo natural de las corrientes, pasando así esta laguna, con las aguas del "Cotacotani" y "Las Ciénegas de Parinacota", a constituir un ecosistema que regula la humedad y parte de la pluviosidad del sector, de suerte que modificar este mecanismo automático puede traer consecuencias insospechadas. Sin embargo, a contar de 1966, se inició un bombeo del caudal del Chungará hacia la Laguna de Cotacotani; luego por Decreto Supremo N° 797 de 1982 del Ministerio de Obras Públicas, tomado de razón por la Contraloría General de la República 'en enero de 1983, la firma "Belfi Ltda." inició faenas en la ribera del Lago y en octubre del mismo año empezó a bombear las aguas hacia el Cotacotani, alcanzando, a comienzos del presente año, los trabajos a cinco millones de metros cúbicos de agua.

Con esto se pretende aprovechar la intercomunicación del sistema, con el propósito de extraer las corrientes del Chungará, vaciarlas en el Lago Cotacotani, desviarlas hacia Las Ciénegas de Parinacota, y de ahí al río Lauca que desagua en el San José y riega el valle de Azapa.

El recurso califica dicho procedimiento de ilegal o arbitrario, contrario a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, en atención a las causales que se reseñan enseguida.

b) Los trabajos lesionan el derecho de propiedad cautelado en sus diversas formas en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, y que emana de la presunción de dominio establecida en el artículo 7° del Decreto Ley N° 5.603 de 1969 y en el artículo 312 del Código de Aguas. Al respecto, se sostiene que el señor Humberto Palza es dueño de un predio dentro de la Cooperativa Juan Noé del Valle de Azapa, la cual posee diversos pozos de agua de los cuales se extrae el vital elemento para riego. Pero, de un tiempo a esta parte, se ha observado una creciente salinización de las aguas y de las tierras. Esto envuelve el inminente peligro de aumentar con la utilización de las aguas salinas del Chungará, puesto que el Estudio de la Universidad de Tarapacá, de octubre de 1982 a abril de 1984, llegó a la conclusión de que el caudal del Lago constituía riesgos potenciales para el cultivo, en virtud de su alta salinidad y contenido de boro. Esto

significa que los agentes químicos se van depositando en forma lenta, pero efectiva, sobre la tierra, haciéndola más ácida y dándole otras características, según sean los factores que se vayan disolviendo.

c) Se amenaza también el derecho de propiedad de los habitantes y agricultores de Futre y Parinacota. Con arreglo a los artículos 13, 17 y 19 del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento solicitado por la Dirección de Riego sobre el Chungará es de índole consuntiva, permanente y continua, lo que faculta para consumir totalmente las aguas, pues los equipos se pueden emplear en forma ininterrumpida, sin limitación alguna, y en la especie, es un volumen de 8 millones de metros cúbicos de agua promedio anual. Esto es gravísimo para el Lago, ya que se trata de un resorte equilibrado entre las filtraciones y evaporaciones, el cual se verá perjudicado por la extracción antedicha, con los daños consiguientes para la zona.

En efecto, al descender las aguas, sus filtraciones perderán fuerza, por la menor presión, debilitando el envío al Cotacotani, y, de ahí, a las Ciénagas de Parinacota y río Lauca. Por otra parte, el Lago posee un perfil cónico y al disminuir su superficie, prácticamente desaparecerá su placa continental, donde habitan la flora y fauna que han dado renombre al sector, agudizando así la descomposición del Lago. En seguida, la depresión de la napa ficética influirá en la sequedad de los bofedales del perímetro.

Se insiste que las corrientes del Lago son fósiles, generadas en la última glaciación, y las lluvias y otros tributarios exclusivamente permiten mantener el equilibrio con respecto a la evaporación, y al secarse el Lago, automáticamente arrastrará a la Laguna Cotacotani y las Ciénagas de Parinacota, con las cuales forma una red espontánea.

d) La solicitud del Ministerio de Obras Públicas atenta contra la garantía constitucional de los habitantes de la Provincia de Parinacota y del Valle de Azapa a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, supuesto establecido en el N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, y que se encuentra amenazado por un acto arbitrario e ilegal imputable al Ministerio de Obras Públicas, al pretender un derecho de aprovechamiento de ocho millones de metros cúbicos sobre las aguas del Lago tanto repetido.

Por Decreto Supremo N° 531 de RR.EE. de 1967, se puso en vigencia como ley de la República, la Convención Internacional para "la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América", en la cual se definió el concepto de "parques nacionales" y su tutela, en cuanto esos parques no podían ser "alterados ni tampoco

enajenados", sino por 'la autoridad legislativa competente". En armonía con esto se promulgó la ley N° 18.362 de 27 de diciembre de 1984, cuyo artículo 5, completó la idea de "parque nacional" como un "ambiente único y representativo de la diversidad ecológica natural del país, capaces de perpetuarse y en que la flora o fauna son de especial interés educativo, científico y recreativo". En concordancia con lo dicho, está el Decreto-Ley N° 1.939 de 1977, cuyo artículo 15 estableció que las reservas forestales y Parques Nacionales, cuya ocupación y trabajo comprometan el equilibrio ecológico, sólo podrán destinarse o concederse en uso a Organismos del Estado, de acuerdo al Código Civil, para finalidades de conservación y protección del medio ambiente. Este estatuto conjunto se vulnera con la acción de Obras Públicas, ya que las aguas del Lago Chungará únicamente son aptas para los fines naturales de su zona geográfica, y no son útiles para el uso potable o el regadío a que se quieren destinar vaciándolas a los Lagos Cotacotani, Las Ciénagas de Parinacota, Canal del Río Lauca y Río San José. La disminución del nivel del Lago Chungará repercutirá en las características de toda la extensión geográfica que alimenta, poniendo en evidente peligro la fauna y flora de la región.

Se agrega que la merced de agua solicitada tiene por objeto entregar su uso y disposición a particulares, sea para producir energía eléctrica o para destinarla a fines agrícolas. 'Esto queda aclarado al tenor de los artículos 1º y 14 transitorios del D.F.L. N° 1.123 de 1981 del Ministerio de Justicia, preceptos de los cuales se infiere que el Estado efectúa dos actos jurídicos respecto al uso de las aguas, por un lado arrienda el uso de las obras, por otro lado, vende las aguas de las cuales es propietario en virtud de una merced, que debe obtener en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del citado Decreto con Fuerza de Ley N° 1.123.

e) Finalmente, se invoca la infracción de la garantía constitucional de la igualdad ante la Ley, establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, que se hace consistir en el hecho que el Ministerio de Obras Públicas ha extraído aguas del Lago Chungará durante los años 1984 y 1985, en un volumen de cinco millones de metros cúbicos, sin contar con una merced ni otro título, requisito indispensable para aprovechar de un bien nacional de uso público, en conformidad con lo dispuesto en el Código de Aguas. También se niega que pueda favorecer a la Dirección, en calidad de sucesora de la Empresa Nacional de Riego, la reserva prevista en el artículo 283 de la Ley N° 16.640, ya que el artículo 1º transitorio del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.123 es únicamente para los futuros beneficiados. Todo esto se refuerza al considerar que el propio Ministro de

Obras Públicas ha reconocido que faltan elementos para tomar una decisión última sobre el dilema, razón por la cual suscribió un documento con la Corporación Nacional Forestal y la Dirección de Riego.

II. En fojas 11, el Sr. Ministro de Obras Públicas, Brigadier General, don Bruno Siebert Held, el Sr. Director de Riego de la I Región, don Rafael Ahumada Pérez, el Sr. Director General de Obras Públicas, don Darío Lillo Palacios, el Sr. Secretario Regional de Obras Públicas I Región, Mario de la Torre Quiroga, informan en los términos que se indican.

a) Se plantea que el recurso es extemporáneo, está fuera del plazo de quince días fatales que se concede para hacerlo valer, pues frente a ejecución de labores, se ha entendido que el agravio se produce al momento de la iniciación de ellos, debiéndose en ese momento reclamar. Como en la especie se discute una supuesta "amenaza", es indudable que el "acto de perturbación o amenaza" sería el de quince de febrero de 1985, fecha en la cual apareció publicada en el Diario Oficial la solicitud de derecho de aprovechamiento consuntivo de ejercicio permanente y continuo de las aguas superficiales del Lago Chungará, por un volumen medio anual de ocho millones de metros cúbicos, indicándose que las aguas se llevarán a los lugares de uso por los Canales Chungará y Lauca, Quebrada de Chusmiza, Río San José, atravesando las provincias de Parinacota y Arica. Por lo tanto, el plazo hay que contarlo desde que dicho acto se comunicó oficialmente, oportunidad que no es otra que la publicación referida. De este modo, el recurso aparece interpuesto después de tres meses y medio en que los presuntos agraviados tomaron conocimiento de la gestión perjudicial.

b) Se sostiene, contra el recurso, que las aguas del Lago Chungará son aptas para el riego. Es así que la Universidad de Tarapacá y la Dirección de Riego del Ministerio de Obras Públicas hicieron una declaración conjunta en la ciudad de Arica con fecha 9 de mayo de 1985, en el sentido que una mezcla de las aguas del Lago Chungará, Cotacotani y Ciénagas de Parinacota, presenta características que permiten utilizarlas en la agricultura con tecnología apropiada, vale decir, aplicando prácticas de manejo normal en la agricultura. Por lo demás, las aguas del Chungará se emplearán como un recurso complementario, en años de bajas precipitaciones. A todo lo cual cabe agregar que la declaración conjunta a que se alude, fue avalada por el grupo técnico de la Comisión Nacional de Ecología, razón por la cual cualquier riesgo ha sido eliminado, pues los suscritos han tomado todas las providencias necesarias para descartar un improbable daño ecológico en la zona.

c) Explican que es una falacia que ellos cometan un acto ilegal, puesto que la Dirección de Riego mantiene desde el año 1961, una reserva de agua a favor del Fisco. Esta reserva proviene del Decreto Supremo N° 562 de fecha 10 de marzo de 1961, que guardó a favor del Fisco las aguas del Río Lauca, y de las que a él se vacíen de las Lagunas de Chungará, Cotacotani y Ciénagas de Parinacota, hasta un caudal de 3.500 litros por segundo. Dicha reserva era de carácter provincial y mientras duraba la construcción de las obras. El Decreto se publicó en el Diario Oficial N° 24916 de 10 de abril de 1961.

Expresan que la Convención Internacional para la 'Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas, aprobada por Decreto Supremo N° 531 de 4 de octubre de 1967, prohíbe, en su artículo 3º, el hecho de que las riquezas existentes en los parques nacionales se exploten comercialmente, disposición que se ha respetado, toda vez que las obras se utilizan a título gratuito y por la Dirección de Riego, que no es una entidad comercial que persiga fines de lucro, al considerar que el objetivo principal del proyecto es mantener la aptitud agrícola de una zona desértica del valle de Azapa, cuya agricultura se ha visto y se ve amenazada por falta de aguas para el riego.

d) Se hace ver que el uso de las aguas del lago Chungará se ocupará en forma complementaria y nunca se llevarán aguas puras de Chungará al valle de Azapa, hecho absolutamente imposible debido a la infraestructura del ambiente. Sin embargo, lo básico es que el uso se hará de un modo racional, controlado y previos los estudios de la Comisión Nacional Ecológica. Tanto es así que la extracción de las aguas que actualmente se hace es a una cota mínima de 4.517,98 metros sobre el nivel del mar, que corresponde a la cota mínima registrada históricamente, más el descenso máximo natural registrado al año.

En virtud de lo expuesto, no se está alterando el entorno de la flora y fauna y bellezas escénicas del lago Chungará, ni tampoco existe contaminación de las aguas, por cuanto la maquinaria empleada no arroja residuos de petróleo y aceite, ya que los motores del complejo son eléctricos.

e) En su presentación de fojas 50 el Fisco de Chile cuestiona la personería y capacidad del recurrente, don Humberto Palza Corvacho, y añade otros argumentos en relación al uso de las aguas del Chungará, que persigue un bien común, como es dotar del líquido elemento a la zona desértica de la provincia de Arica.

III. La parte recurrente acompañó los documentos que se indican: publicaciones en el diario *El Mercurio*, de fojas 22, 23, 24, relativas a sendas declaraciones del Sr. Ministro de

Obras Públicas, general Bruno Siebert Held, acerca de los diversos trabajos y obras realizados en las aguas del lago Chungará; publicaciones del diario *La Tercera*, de fojas 56, 57, 58, sobre el mismo tema, además de figurar fotografías de la zona del lago; documentos de fojas 59, que contienen un cuadro comparativo del espejo de agua del Chungará; en cuaderno adjunto, estudio de la Universidad de Tarapacá sobre condiciones físicas y químicas de las aguas de los lagos Chungará y Cotacotani de la I Región.

La parte recorrida agregó los antecedentes que se puntualizan: publicaciones de fojas 3, acerca de la solicitud del derecho de agua pedido por la Dirección de Riego; copia de fojas 4 del Decreto N° 562, sobre reserva a favor del Fisco de las aguas del río Lauca y de las que en él se vacíen de las lagunas de Chungará, Cotacotani y ciénagas de Parinacota; copia de fojas 5 de la Declaración Conjunta de la Universidad de Tarapacá y la Dirección de Riego; copia de fojas 7 de la Proposición a la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Ecología; copia de fojas 9 de la publicación sobre Registro Especial de Estudios e Implicancias Ambientales en el ecosistema del lago Chungará; copia de fojas 10, de la Convención Internacional para la Protección de la Flora, Fauna y de las Bellezas Naturales de los Países de América; publicación de fojas 38 del diario *La Estrella*, de Arica.

Como medida para mejor resolver se incorporaron los siguientes documentos: certificado de fojas 63 del Sr. Director General de Aguas, relativo a que la petición de derecho de aprovechamiento de 8 millones de metros cúbicos al año de las aguas superficiales del lago Chungará, solicitada por la Dirección General de Obras Públicas, se encuentra pendiente en dicho Servicio en espera de estudios adicionales; copia de fojas 64 de la orden N° 1158 del Ministerio de Obras Públicas, acerca de los trabajos llevados a cabo por la firma Belfi S.A. en la ribera del lago Chungará; copia de fojas 65, relativa al decreto del Ministerio de Obras Públicas, que impulsa la construcción de faenas destinadas al Mejoramiento del Regadío de Azapa, cuyo acápite 4° dispone que los beneficiados estarán obligados a pagar una cuota anual por concepto de uso y gastos de explotación de regadío.

Para el mejor acierto del fallo, se agregó informe de fojas 72 del Secretario Técnico y Administrativo de la Comisión Nacional de Ecología, doctor Juan Grau, en el sentido de que por ahora no han concluido las conversaciones ni tampoco la investigación que determine la influencia que ejercerá sobre el espejo de agua del lago Chungará y su ecosistema la petición de derecho de aprovechamiento de la Dirección de Riego. Pero se

añade que este problema no fue objeto de estudios, porque se convino que el uso de las aguas partiría del límite histórico de pérdida del caudal del lago.

En informe de fojas 74 a 83, el Colegio de Ingenieros de Chile adjunta un estudio del ingeniero Raúl Gillet Leiva, actual presidente de la Comisión de Preservación del Medio Ambiente, titulado "El Chungará un lago polémico", con un "Informe complementario sobre Extracción de Agua del lago Chungará", donde se sostiene que el lago forma parte del Parque Nacional Lauca, y la extracción de un volumen medio anual de 8.000.000 de metros cúbicos produciría una baja anual de alrededor de 40 cm de cota superficial, y en el evento que se hicieren trabajar las bombas instaladas a una capacidad de 25.500.000 m³ anuales, el nivel bajaría 1,20 m anual y el lago se secaría en 23 años. En todo caso, si el espejo de agua se redujera solamente a un 80% de la actual, con un descenso de 5 m y una reducción de un 20% de la superficie, esto traería consecuencias catastróficas, pues al quedar en seco 400 há (20% de las 2.000 há que tiene el lago) empezaría la putrefacción de la algas y otros seres microscópicos del agua, crustáceos, moluscos, peces, conjuntamente con el fenómeno de eutroficación, o sea, el crecimiento desmedido de cierto tipo de algas, que produciría una reacción en cadena en todo el ecosistema, convirtiendo en una pocilga el hermoso lago. También el descenso de la cota de agua suprimiría las filtraciones que llegan a los bofedales, lo que acarrearía la pérdida de los auquénidos, que alimentan a los pocos habitantes del altiplano.

En providencia de fs. 84 vta., se incorporaron otros antecedentes y se hizo regir el estado de acuerdo.

Con lo expuesto y teniendo presente,

I. En cuanto a la procedencia del recurso:

1. Que el Fisco de Chile impugnó en fojas 50 la capacidad de Humberto Palza Corvacho para accionar en autos. La verdad es que el libelo correspondiente emana de una persona que se estima agraviada por la Dirección de Riego del Ministerio de Obras Públicas, persona que invoca su calidad de miembro de los agricultores del valle de Azapa, del Comité de Desarrollo de Putre y del Comité Nacional Pro Defensa de la Flora y Fauna. Por lo tanto, en el proceso concurre un sujeto preciso, cuya condición no fue desconocida ni menos objetada en el informe de estilo de fojas 11. De ahí que resulta inadmisibile que durante el acuerdo se promuevan alegaciones o defensas que debieron ser discutidas en su debida ocasión. Además, el modo amplio en que puede deducirse este derecho, al

tenor del Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema, revela que éste se halla exento de mayores formalidades por prevalecer su carácter constitucional;

2. Que los datos aparecidos en el curso del año, consistentes en solicitud de la Dirección de Riego sobre derecho de aprovechamiento sobre las aguas del lago Chungará publicada en el *Diario Oficial*, de 15 de febrero, de fojas 3; declaración conjunta de 9 de mayo entre la Universidad de Tarapacá y la Dirección de Riego acerca del uso del lago, de fojas 5; acuerdo de la Corporación Nacional Forestal de 7 de mayo, de fojas 7; Registro de Consultores acerca de implicancia ambiental en el ecosistema del lago Chungará, publicado en el *Diario Oficial*, de 20 de mayo, de fojas 9; declaraciones del Ministerio de Obras Públicas acerca de la extracción de los caudales del lago, publicadas en el diario *El Mercurio*, los días 14 de mayo y 7 de junio, de fojas 23 y 23 vta., que se valoran en conciencia, indican que las actuaciones relativas al uso del caudal del citado lago no constituyen un hecho aislado, sino más bien se trata de una sucesión ininterrumpida de gestiones tendientes a subsanar los problemas relacionados con tal determinación, de suerte que esos actos se han renovado día por día y configuran un estado indivisible, que perdura hasta hoy. En consecuencia, la protección está deducida durante la ejecución de los trabajos y se encuentra dentro de plazo.

II. *En cuanto al fondo:*

3. Que el recurso de protección definido en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado es un resorte jurídico de carácter breve, concentrado, extraordinario y cautelar, cuya finalidad radica en poner en movimiento la facultad jurisdiccional de que está investida la Corte de Apelaciones, en orden a amparar a una persona que se encuentra expuesta a un peligro o amenaza proveniente de un acto u omisión, ilegal o arbitrario, que tienda a menoscabar una determinada garantía constitucional, de suerte que el Tribunal pueda restablecer el imperio del derecho;

4. Que dentro de las garantías enumeradas en el precepto antedicho se dice vulnerado el derecho de propiedad; pero, al respecto, es imprescindible acotar que el artículo 19 N° 24 del texto constitucional funda dicho principio partiendo de varios puntos de vista, dos de los cuales cobran importancia: a) el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, y b) sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, de gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende en cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas

y la conservación del patrimonio ambiental. De esto fluye que la mantención del patrimonio ambiental está ínsita en los matices que puede adoptar el derecho de propiedad, ya que el mencionado artículo 20 de la Carta Política se remite absolutamente al artículo 19 N° 24 de ella, sin hacer restricción alguna;

7° Que el lago Chungará forma un engranaje con la laguna de Cotacotani y las ciénagas de Parinacota del sector.

La primera laguna es una depresión cerrada de forma aproximadamente triangular, sin desagües visibles. La descarga se ejerce por evaporación y filtración hacia los puntos más bajos, en especial la laguna Cotacotani. Su espejo de agua se encuentra a la cota de 4.517 metros sobre el nivel del mar, entre los paralelos 18,10 minutos y 18,20 minutos sur, junto a la frontera con Bolivia, en la I Región del país. Tiene una superficie de alrededor de 19 kilómetros cuadrados, con un volumen de agua de 385 millones de litros cúbicos y una profundidad cercana a 32 metros.

La laguna de Cotacotani está ubicada al N.O. del Chungará, separada de ella por un portezuelo de material volcánico de 3 a 4 km. Su característica fundamental es la gran cantidad de islas e islotes que interrumpen la continuidad de su espejo de agua, que está, más o menos, 18 metros más bajo que el Chungará.

La Ciénaga de Parinacota es una extensa depresión abierta de bofedales. Se extiende al poniente de Cotacotani, a unos 150 metros más abajo que dicha laguna. La principal corriente que abastece tal espacio es el desaguadero de Cotacotani y numerosas vertientes.

Todas estas aguas se reúnen en el extremo poniente de la ciénaga, donde se origina el río Lauca; y después de un largo recorrido, donde recibe fuertes aportes a su caudal, atraviesa la frontera con Bolivia para internarse en el salar de Coipasa (Enciclopedia de Arica. Publicada con Auspicio de la Universidad de Chile. Primera Edición 1972. Edición de Enciclopedias Regionales Ltda.);

8° Que en concordancia con este sistema, de imponente belleza, según se visualiza en las fotografías incorporadas a los autos, se han dictado sucesivas normas jurídicas, cuyo esquema resulta indispensable esbozar, siendo de advertir que se anotan los textos en actual vigencia:

a) Decreto Supremo N° 270 del Ministerio de Agricultura de fecha 11 de agosto de 1970, que declaró Parque Nacional de Turismo los terrenos denominados "Reserva Forestal

Lauca", creada por Decreto Supremo N° 284 de 20 de abril de 1965, del mismo Organismo; Decreto Supremo N° 29 de igual Ministerio, publicado en el Diario Oficial de 12 de mayo de 1983, que fijó los límites del Parque Nacional Lauca, ubicado en la Región de Tarapacá, provincia de Parinacota, señalándose una superficie de aproximadamente 137.883 há; con oficio N° 276 de fojas 84, del Secretario Regional Ministerial de Agricultura de la I Región, en orden a que el lago Chungará, las lagunas de Cotacotani y ciénagas de Parinacota están comprendidas en el área del Parque Nacional Lauca;

b) Decreto Supremo N° 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que dispuso cumplir como ley de la República la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, y publicado en el Diario Oficial de fecha 4 de octubre de 1967;

d) La Corporación Nacional Forestal, entidad de derecho privado cuyos estatutos fueron aprobados y modificados por Decretos Supremos del Ministerio de Justicia N° 728, de 5 de mayo de 1970, N° 455, de 19 de abril de 1973, y N° 733, de 27 de julio de 1983, respectivamente".

“GALLETUÉ CON FISCO”

Partes: Comunidad Galletué con Fisco | Casación en el fondo

Tribunal: Corte Suprema

Fecha: 7-ago-1984

VISTOS:

Por sentencia de 13 de diciembre de 1982 se confirmó el fallo de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, que se lee a fojas 148, que acoge las peticiones de la demanda que aparecen redactadas en forma definitiva a fojas 33 vuelta, pero previamente eliminó los motivos 11 y 12 de este último fallo y tuvo presentes además otras consideraciones. La demanda es entablada por los copropietarios del predio Galletué y está dirigida en contra del Estado de Chile.

A fojas 176 el Fisco, representado por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, dedujo recurso de casación en el fondo en contra de dicho fallo, solicitando que se invalide y que se dicte nueva sentencia que rechace la demanda en todas sus partes, con costas.

El recurso sostiene que la sentencia recurrida ha infringido los incisos 1° al 5° del No 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, los incisos 1° al 5o del No 16 del artículo 1° del Decreto Ley 1. 552 de 1976, Acta Constitucional No 3, artículo 1437 del Código Civil, y No 3 del artículo 1o, No 1 del artículo 2o y No 1 del artículo 5o, todos de la Convención para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, que se ordenó cumplir como ley de la República por decreto del Ministerio de Relaciones No 53, de 23 de agosto de 1967.

En seguida el recurso explica cómo se cometieron estas infracciones y cómo influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Considerando:

1º) Que entre las infracciones legales que aduce el recurso, se hallaría la del artículo 1437 del Código Civil, por cuanto se ha declarado la existencia de una obligación indemnizatoria sin que medie alguna de las fuentes de las que en virtud de dicha disposición legal puede provenir una obligación. La ley constitucional, admite el recurrente, es fuente de obligación, pero como se señala en otra parte del respectivo

escrito, la considerada en el fallo como único fundamento de la resolución ha sido erróneamente aplicada;

2º) Que basta la exposición anterior para rechazar la supuesta infracción al artículo 1437 del Código mencionado, puesto, que finalmente se reconoce en el escrito de casación de fondo que el fallo considera como fuente de la obligación que impone, un precepto de la Constitución Política del Estado vale decir, que él se está a una de las fuentes admitidas por dicha disposición, a la ley, ya que la Constitución Política es en definitiva la ley fundamental a la que deben ceñirse las demás.

Ahora bien, supuesto que la mención del precepto constitucional base de la sentencia fuese erróneo, lo que será analizado posteriormente, ya no se trataría de una inobservancia del artículo 1437 sino de una infracción de esa disposición constitucional erróneamente considerada, error que, por lo demás, también ha sido representado en el recurso;

3º) Que en la casación se sostiene asimismo que el fallo vulnera la Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, la flora y las bellezas escénicas de América, Convención que para nuestro país es ley desde 1967, siendo por consiguiente el legislador el que acepta que se proteja absolutamente una especie de la fauna o de la flora al declarársela monumento natural y por tanto inviolable, especie que en este caso fue singularizada en el Decreto Supremo No 29, del año 1976, en lo que respecta a la araucaria araucana, cuyo corte, destrucción y explotación prohibió absolutamente, declarándola monumento natural, dando en esto aplicación a la Convención aludida, o sea, a la ley, en lo que se refiere a esta especie.

No se trata, agrega el recurrente, de una expropiación, que el propio fallo niega, pero sí de una limitación legal del dominio de los propietarios de araucarias, y el inciso 2º del No 24 del artículo 19 de la Constitución, que autoriza limitar el dominio por medio de una ley, no impone la obligación de indemnizar al propietario;

4º) Que el fallo reconoce que la aludida Convención es ley de la República, pero no le da el alcance de una autorización para limitar o privar del dominio o de sus atributos sino sólo de una proposición a los gobiernos que la suscribieron que se adhieran a ella para que adopten algunas de las medidas de protección que establece, observando al respecto la legislación propia de cada país (motivo 6º entre otros), y, respecto del Decreto Supremo No 29, estima que por su naturaleza y dada la falta de ley autorizante, no pudo prohibir la explotación de la araucaria privando a sus propietarios de los atributos esenciales de su

dominio, ya que esto debió ser materia de ley expropiatoria y ni siquiera pudo limitar el dominio, pues la Constitución exige también que se haga por ley (fundamento 9°);

5°) Que si bien en la etapa primaria, de simple Convención Internacional, lo que se acordó en defensa de la naturaleza de los países americanos constituye una proposición y recomendación a sus gobiernos, una vez aprobada por el Congreso y ordenada cumplir como ley de la República, como sucedió en este caso, sus disposiciones o acuerdos pasaron a formar parte de la legislación nacional, con el carácter de ley, de modo que es una ley la que acepta que se protejan especies de la fauna o de la flora y aun en forma absoluta, teniéndolas como inviolables, si se las declara monumento natural. Por su parte el Decreto Supremo No 29 aludido no hizo sino poner en ejecución dicha ley, singularizando una especie de la flora chilena, a la araucaria araucana, como tal monumento natural y por tanto absolutamente protegida;

6°) Que es evidente, entonces, que los falladores no dieron su verdadero alcance a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y a la flora, que no constituye una mera recomendación para que los gobiernos americanos adopten medidas de protección, sino que respecto de nuestro país es una ley que autoriza tomar tales medidas; ni tampoco se lo dieron al Decreto Supremo No 29 de 1976, que no es una mera resolución administrativa que discurre sobre materias propias de ley, sino un decreto supremo que pone en ejecución y que aplica esa ley sobre Protección a la fauna y flora, en relación con una especie determinada, la araucaria araucana, que, al declararla monumento natural, extiende sobre ella una protección total y absoluta, aceptada por esa ley. Empero, todo esto no tiene influencia en lo decisorio, como se verá a lo largo de esta sentencia, aparte de que el recurso no da por vulneradas disposiciones legales relativas a la interpretación de la ley;

7°) Que en cuanto a la naturaleza de la prohibición que impone el Decreto Supremo No 29, no tiene, desde luego, el alcance de una expropiación que el propio fallo recurrido le niega, puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños de esa especie arbórea; ni tampoco se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer libremente del objeto de la propiedad; la prohibición de cortar, explotar y comerciar la araucaria no impide toda forma de goce ni tampoco toda suerte de disposición, ya que no obstaculiza, por ejemplo, la venta de los bosques juntamente con el terreno, y por ende, se trata tan sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en

una autorización de la ley, acorde con el inciso 2o del No 24 del artículo 19 de la Constitución.

Pero este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no lo vulnera;

8º) Que en lo que atañe a la transgresión de los incisos 1o al 5o del No 24 del artículo 19 de la Constitución y los similares preceptos del Acta Constitucional No 3, vigente cuando se emitió el decreto supremo prohibitorio de que se trata, cabe consignar:

a) que el fallo no acude a los preceptos del Acta Constitucional No 3 relativos a la propiedad, de manera que no han podido infringirse por una errónea aplicación como lo asevera el recurso;

b) en cuanto a la infracción del inciso 1º del No 24 que protege el dominio o propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, el fallo se inspira precisamente en ese principio para dar protección a los actores en sus pretensiones, como propietarios de bosques de araucaria; así es que no se divisa cómo pudo ser transgredido;

c) que en lo que toca a la infracción del inciso 2º del No 24 en análisis, se ha reconocido en el fundamento anterior que el alcance de la prohibición de explotar la araucaria es el de una limitación al dominio de sus propietarios, pero se ha adelantado que, a pesar de aceptarse que en este caso la ley autorizó imponer tal limitación, ello no excluye la posibilidad de que dé lugar a una acción indemnizatoria; y

d) que en lo que se refiere a los demás preceptos del No 24 referidos en el recurso, es decir a los incisos 3o, 4º y 5º, es cierto que no pudieron considerarse, como lo hace el fallo, para subsumir en ellos la acción de indemnización de perjuicios a que se condena al Estado, ya que estas disposiciones establecen la obligación de indemnizar en el caso de expropiación, situación que, se ha demostrado, no ocurre, como lo reconoce el propio fallo; pero este defecto de encuadramiento de la acción indemnizatoria no significa que ella no sea justa y que esté huérfana de toda base jurídica que permita acogerla;

9º) Que en efecto, la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendidos los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelva el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar también que existen numerosas

disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades o la administración incluso por el propio legislador las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies.

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

10º) Que para demostrar que es justa y equitativa la acción de cobro de perjuicios es necesario consignar en síntesis los hechos algunos de índole jurídica que la sentencia asienta, hechos que por lo demás no se hallan rebatidos en el recurso:

a) La comunidad demandante ha acreditado ser dueña del predio Galletué ubicado en la comuna de Lonquimay (fundamento 4º del fallo de primera instancia que el de segunda hizo suyo);

b) Dicho predio, enclavado en la cordillera de los Andes, de gran superficie, admite sin embargo como única explotación económica factible la explotación forestal y dentro de ella, casi en forma exclusiva, la de la especie denominada pehuéno araucaria araucana (consideraciones 7a y 9a de la sentencia de primer grado y 1a, 2a, 3a y 4a de la de segunda instancia);

c) Esta especie cubre una extensión de 1,800 hectáreas del predio Galletué, siendo susceptible de producir 4. 706. 000 pulgadas de madera en un lapso de 30 años (motivo 9º del fallo de primera instancia y 4. º del de segunda, en la que se aceptan las conclusiones del perito);

d) Se había desarrollado en el predio Galletué una costosa infraestructura (camino, aserraderos, organiz

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

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

Entre otros, los artículos 1o, 5°, 7o y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado;

13º) Que como una síntesis cabe consignar: a) que no incurre la sentencia impugnada en infracción del artículo 1437 del Código Civil; b) que no tiene influencia en lo dispositivo que ese fallo apoye su decisión en el No 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental y no en la equidad y en otras disposiciones de esa Carta que aceptan el principio de la responsabilidad del Estado cuando la propia ley o las autoridades o sus órganos administrativos traspasan y lesionan las garantías constitucionales que ella instituye, principio que tiene plena cabida en este caso; c) el alcance distinto dado a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y flora de los países americanos y sus bellezas escénicas, a la que se le reconoce el carácter de ley, no tiene trascendencia en la decisión por cuanto, como se ha demostrado, la ley puede ser también fuente de responsabilidad del Estado si dispone o si permite tomar medidas que lesionen o perjudiquen las garantías o derechos fundamentales que la Constitución asegura; y d) el Decreto Supremo No 29 es válido y propio para declarar monumento natural a la especie araucaria araucana porque se basa en la ley, pero es igualmente intrascendente que la sentencia le niegue esa aptitud, ya que ello no obsta a la responsabilidad del Estado cuando, como sucede en la especie, se lesionan con la medida los intereses patrimoniales de los titulares del derecho de dominio que la Constitución protege y asegura.

Si se acogiere el recurso por errores en la interpretación aplicación de la ley en la calificación del Decreto Supremo No 29, la sentencia de reemplazo, como se ha consignado, al emitirse conforme a derecho, tendría que terminar por acoger la demanda aplicando los principios de equidad y los relativos a la responsabilidad del Estado y de ahí que esos errores carezcan de influencia en lo dispositivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 767 y 787 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo formalizado a fojas 176 en contra de la sentencia de 13 de diciembre de 1982, escrita a fojas 171, con costas del recurso.

Acordada contra el voto de los ministros señores Correa y Zúñiga, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo por infracción del artículo 19 Nos 1 a 5 de la

Constitución Política y 1437 del Código Civil, invalidar el fallo recurrido y dictar sentencia de reemplazo en virtud de las siguientes consideraciones:

1º) Que en el escrito de fojas 3, complementado por el de fojas 30, se demanda al Fisco de Chile para que se declare que debe indemnizar a la comunidad demandante los perjuicios sufridos por la declaración de monumento natural de la araucaria araucana, que existen en el fundo Galletué, y al cual expresan tener derecho.

La sentencia de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, escrita a fojas 150, resolvió textualmente: "Que se acoge toda la parte petitoria de la demanda, redactada en forma definitiva por el actor a fojas 33 vuelta", y en esta solicitud la parte demandante pide "tener este escrito como el nuevo libelo que se ha de notificar a la parte demandada, acogiendo el petitorio que a continuación se reproduce:

"A) El pago a la demandante por la demandada de los perjuicios que se irrogaron en virtud de los hechos que se refieren en el libelo en juicio declarativo. "

"B) Que se pague la cantidad que acredite la demandante como perjuicios irrogados a ella por la demandada en el cumplimiento incidental del fallo que recaiga en la demanda que acoja la declaración del derecho a ser indemnizado de perjuicios; y"

"C) Que se paguen las costas y gastos de la causa. "

La sentencia de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, escrita a fojas 148, resolvió: "Que se acoge toda la parte petitoria, redactada en forma definitiva por el actor a fojas 33 vuelta"; sentencia que fue confirmada por la de segunda instancia de 13 de diciembre de 1982, escrita a fojas 171, pero absolvió al apelante del pago de costas, más no de los gastos de la causa.

2º) Que la primera infracción de ley que se imputa a la sentencia es haber violentado los incisos 1º a 5º del No 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, porque la indemnización de perjuicios que ellos contemplan han sido aplicados a un caso que dichos preceptos no comprenden

En efecto, expresa que esas disposiciones aseguran el derecho de propiedad, entrega a la ley la determinación de los modos de adquirirla, de usar y de disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; exigen ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador, para que se pueda privar de la propiedad del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, dan la oportunidad para

reclamar de la legalidad del acto expropiatorio; dan al expropiado el derecho a indemnización por el daño efectivamente causado y regulan la forma en que se determinará la indemnización a que tiene derecho el expropiado.

La indemnización aludida, continúa, se contempla sólo para el caso de expropiación, de consiguiente cualquier otro acto que pueda considerarse lesivo no dará derecho a indemnización en virtud de los citados mandatos constitucionales, sin perjuicio que puedan dar derecho a indemnización basado en otros preceptos legales, siempre que concurren los presupuestos que en ellos se exijan.

Pues bien, las normas constitucionales señaladas han sido infringidas por haberse declarado procedente una indemnización por expropiación, en una situación en que ésta no ha existido.

3º) Que el fundamento 11º de la sentencia recurrida dice textualmente: "Que en estas condiciones sólo cabe declarar que el Decreto Supremo No 29 indicado, al privar el dominio sobre la especie vegetal denominada 'Araucaria Araucana' (Koch) existente en el fundo 'Galletué' de sus atributos esenciales, consistentes en gozar y disponer de ella con el objeto de venderla, usarla, a su arbitrio, atenta contra el derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 No 24 de la Constitución Política. En este caso debieron expropiarse los bosques de la especie aludida, para cumplir con la Constitución y no habiéndose llevado a efecto ese acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios de justicia. Por otra parte, aun en el caso de considerarse que dicho decreto supremo sólo limitara o impusiera obligaciones al dominio, cabría llegar a la conclusión que, de todos modos, dicha infracción existiría, ya que no hay ley que ordene tales limitaciones o imponga dichas obligaciones. "

4º) Que el Decreto Supremo No 29 de 26 de abril de 1976, en su artículo 1º declaró monumento natural, de acuerdo a la definición y al espíritu de la "Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América", "a la especie vegetal de carácter forestal denominada Pehuén Pino Chileno y cuyo nombre científico corresponde a Araucaria Araucana (Mol) C. Koch". Esta declaración, agrega, afectará a cada uno de los pies o individuos de la citada especie, cualquiera que sea su edad o estado.

Y dicha Convención, ordenada cumplir como ley de la República por Decreto Supremo No 531 de 23 de agosto de 1976, en su artículo 1º dice: "Se entenderán por Monumentos

Naturales, las regiones, los objetos, las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta. Los monumentos naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable, excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales." Pero los Decretos Supremos Nos 29 y 531 no han prohibido en modo alguno la venta de la especie arbórea, como se asevera en el fundamento 11o, sino que la calidad de monumento natural gozan de protección absoluta, son inviolables, como lo dispone el precepto recién transcrito. Nada impide vender la propiedad, pero con sus monumentos naturales.

5º) Que el No 24 del artículo 19 de la Constitución Política establece la indemnización sólo para el caso de expropiación legal, sin decir nada de la indemnización en casos distintos. Pero la transcripción literal del fundamento 11o acusa que los sentenciadores basándose en la misma disposición expresan: "En este caso debieron expropiarse los bosques de la especie aludida, para cumplir con la Constitución y no habiéndose llevado a efecto este acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios". Reconoce el fundamento básico del fallo, que el artículo 19 No 24 establece la indemnización en el caso de expropiación, y además: "no habiéndose llevado a efecto este acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios de justicia", afirmación que se aparta del texto de la disposición, porque este concepto de indemnización se refiere siempre al "expropiado" y no a otra persona que haya recibido perjuicios por violación de sus derechos de propiedad y que no haya sido objeto de expropiación.

6º) Que al decidirse así, el fallo ha incurrido en infracción del artículo 19 No 24 incisos 1o al 5º, porque ha aplicado dichos preceptos a un caso no contemplado en ellos.

En efecto, se puede afirmar que se incurre en infracción de ley cuando existe contravención formal, errónea interpretación y falsa aplicación de ella.

En este caso se ha incurrido en falsa aplicación de la ley, porque se ha aplicado a una situación no prevista por ella, toda vez que se han utilizado las reglas de la expropiación a un caso en que no existe expropiación. Para poner de manifiesto esta infracción, es útil traer a colación que también existe falsa aplicación de la ley cuando no se la aplica a un

caso en que debe ser aplicada. Se lleva a la ley adonde no debe estar, o no se la lleva donde debe estar, por lo que se produce una falsa aplicación de la ley.

En el primer caso, se lleva la ley adonde no debe estar, porque no resuelve el caso; y en el segundo, no se la lleva adonde debe estar, siendo que resuelve el caso.

Por último, en lo relativo a esta causal, la mención que se hace del No 8o del artículo 41 de la Constitución Política que establece: "También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen una privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño, es improcedente en el caso que se juzga, porque la indemnización aludida en el precepto se refiere a perjuicios que se causen con las medidas que se tomen en relación a un determinado estado de excepción constitucional y que pueda comprometer el derecho de propiedad; y no constituye un precepto general, sino particular indemnizatorio, y que no tiene aplicación en este caso.

7º) Que no puede aceptarse la tesis del fundamento séptimo del fallo que, refiriéndose al artículo 19 de la Constitución Política del Estado, dice: "Pero este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio, nada estatuye respecto de la procedencia de la indemnización y como la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera". No puede aceptarse porque si el artículo 1437 del Código Civil señala a la ley como fuente de obligaciones para acudirse a ella con tal objeto es necesario señalar precisamente la ley determinada que crea la obligación y no puede acudirse a la ley como pura expresión de voluntad jurídica, que nada dice, ordena o establece sobre el particular, para atribuirle la tolerancia de la acción indemnizatoria que no contempla ni considera.

Todo lo anterior demuestra que se ha hecho una falsa aplicación del artículo 1437 del Código Civil, porque se le aplica a una situación que el precepto no contempla, por lo que la sentencia ha incurrido también en este vicio de casación de fondo.

8º) Que no puede tampoco justificarse que en el recurso de casación en el fondo se sostenga en el fundamento décimo de ese fallo: "Que, en efecto, la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendidos los hechos que asiente el fallo impugnado en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelva el conflicto suscitado. " Y se agrega en el 10º: "Que para demostrar que es justa y equitativa la acción de cobro de perjuicios, es necesario consignar en síntesis los hechos... , etc. ".

Tal aserto no puede acogerse, porque el recurso de casación en el fondo es un recurso de puro derecho, pues estudia y analiza si los preceptos legales han sido o no debidamente aplicados a los hechos establecidos en la sentencia recurrida, lo que constituye un examen de cuestiones de derecho. Y si es un recurso de derecho, para juzgar el caso no puede acudirse a principios de equidad y de justicia, sino a preceptos legales violados.

Así lo entendió también la Comisión Mixta encargada de informar el Código de Procedimiento Civil, en cuya sesión 36 don Miguel Luis Valdés dijo: "La casación en el fondo tiene por objeto enmendar errores de derecho y uniformar la jurisprudencia en la aplicación de las leyes y para conseguirlo no es necesario que el tribunal revisor se pronuncie de nuevo sobre los hechos, cuya apreciación corresponde únicamente al tribunal que dicte la sentencia materia del recurso".

Las motivaciones anteriores hacen procedente el recurso de casación, con el objeto de invalidar el fallo recurrido y dictar la sentencia de reemplazo que corresponda, sin que pueda señalarse o insinuarse su contenido en la sentencia de casación.

Redactó el ministro señor Erbeta Vaccaro, y el voto, el ministro señor Correa.

Octavio Ramírez M. , Enrique Correa L. , Osvaldo Erbeta V. , Estanislao Zúñiga C. , Enrique Urrutia M.

“MOLINA CON PROMEL”

Partes: Molina Manzo, Lombardo y otros c/ CPA Promel Ltda. y Cía. y otro | Indemnización de perjuicios por daño ambiental - Recursos de casación en la forma y de apelación

Tribunal: Corte de Apelaciones de Arica

Fecha:16-may-2005

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

En cuanto al recurso de casación en la forma interpuesto por la parte demandante:

Primero: Que en lo principal del escrito de fojas 1295 a 1328, los abogados Fernando Dougnac Rodríguez y Francisco Ferrada Culaciati, deducen recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de autos por considerar que en ésta se ha incurrido en las causales de nulidad del artículo 768 No 5 del Código de procedimiento Civil en relación con el artículo 170 No 4 del mismo Código , vicios que se fundan en carecer de fundamentos de hecho y de derecho en que ella se funda, contener considerandos contradictorios, ausencia de consideraciones respecto de la legitimidad pasiva del Servicio de Salud de Arica y del rechazo de la demanda indemnizatoria; además, se señala que se ha incurrido en el vicio que se contempla en la causal No 7 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil , esto es contener decisiones contradictorias, y, en definitiva, solicitan que se declare nula la sentencia recurrida. Dictando la respectiva sentencia de reemplazo, por medio de la cual se acoja la demanda de indemnización de perjuicios dirigida en contra del Servicio de Salud de Arica en todas sus partes, manteniéndose la condena a reparar al medio ambiente dañado establecida contra Promel Ltda. y Cía. , C. P. A. , Blas Martino y David Fux, con costas de recurso;

Segundo: Que en relación a la causal de nulidad fundada en el número 5 del artículo 768 , en relación con el número 4 del artículo 170 , ambos del Código de Procedimiento Civil, que se basa en la falta de fundamentos de la sentencia para rechazar la demanda en contra del Servicio de Salud de Arica, toda vez, que los motivos 19o, 21o, 22o, 24o, 26o, 27o, 29o, 31o y 34o, dan por establecido, según el recurrente, que el Servicio de Salud de Arica, conocía de la presencia del plomo y arsénico, la peligrosidad del acopio por las malas condiciones en que se encontraba almacenado y el daño a la salud de las

personas, atribuyéndosele, por esto, al Servicio de Salud de Arica, en concepto de los actores, la falta de servicio por parte del mencionado organismo de salud.

Tercero: Que, expone el recurrente, que el motivo 33o del fallo impugnado, contradiciendo los motivos antes analizados, establece que no hubo falta de servicio por parte de la Autoridad Sanitaria de Arica, al haber realizado acciones al respecto, y no haber asumido con ello, un rol pasivo, a pesar que las mismas no han sido del todo eficientes y oportunas, y que por esto no es posible afirmar del manera lógica que no hubo falta de servicio al haberse acreditado las circunstancias mencionadas en el motivo anterior.

Cuarto: Que en primer lugar, cabe señalar que el motivo 31o, es expositivo de lo señalado en la demanda, por lo que no podrá considerarse para establecer una posible contradicción argumentativa como solicita el recurrente, ya que no contiene conclusiones al efecto.

Quinto: Que por otra parte, analizada la sentencia, en lo pertinente, es posible establecer que los motivos 19o, 21o, 22o, 24o, 26o, 27o, 29o, y 34o, dan por establecido, que el Servicio de Salud de Arica tenía información de la presencia del plomo y arsénico en el acopio materia de este juicio, sabía de su peligrosidad atendida las malas condiciones en que se encontraba almacenado, y del daño que podía causar a las personas, no obstante, el sentenciador de primera instancia razona en el sentido que, habiendo el Servicio de Salud de Arica adoptado medidas tendientes a solucionar el problema ambiental, las que a pesar de no haber sido del todo eficientes y oportunas, no constituyen inactividad, y por no ende, no hay falta de servicio. Este aserto, importa una calificación jurídica de los hechos establecidos en los motivos analizados, facultad privativa del Tribunal de Primera Instancia, lo que no es impugnabile por esta vía, a pesar de la distinta valoración de los hechos que sostiene el recurrente.

Sexto: Que en relación a la causal de casación fundada en el número 5 del artículo 768 , en relación con el número 4 del artículo 170 , ambos del Código de Procedimiento Civil, por falta de fundamentos de hecho y de derecho respecto de la declaración de falta de legitimidad pasiva dictada en la sentencia, y que ha tenido como fundamento para rechazar la demanda en contra del Servicio de Salud de Arica.

Séptimo: Que cabe señalar que el sentenciador en el motivo 34o, desarrolla un argumento para arribar a la conclusión que el Servicio de Salud local no cuenta con legitimación pasiva para ser parte en el presente juicio, lo que sin perjuicio de lo que se resolverá al pronunciarse sobre el fondo, aparece como suficiente para cumplir con el requisito del No

4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil , de estar fundamentada la decisión, no bastando la disidencia interpretativa de la recurrente para acreditar la causal de anulación invocada, por lo que se rechazará, también, por este capítulo, la casación interpuesta.

Octavo: Que en relación a la causal de casación fundada en el número 5 del artículo 768 , en relación, con el número 4 del artículo 170 , ambos del Código de Procedimiento Civil, por ausencia de consideraciones de hecho y de derecho respecto del rechazo de la demanda indemnizatoria en contra del Servicio de Salud de Arica, cabe señalar que el sentenciador de primera instancia, en el motivo 33o, argumenta que no es efectivo que el Servicio de Salud no haya actuado, como se analizó en el fundamento cuarto, por lo cual no existe la falta de fundamentación alegada, más si se considera que la revisión de dicha argumentación, será una cuestión de fondo, que no es posible discutir por la vía del presente recurso, por lo que se rechazará, también, por este apartado, la casación interpuesta.

Noveno: Que respecto de la causal de casación contenida en el artículo 768 número 7 del Código de Procedimiento Civil , por contener decisiones contradictorias, fundado en que el considerando vigésimo noveno, no distingue respecto de cual de las demandas es la que debe acogerse, si la reparatoria o la indemnizatoria, y que por haber sido deducidas en una misma presentación, debe concluirse que serán acogidas ambas pretensiones, ya que el considerando razona que existe daño tanto para el medio ambiente como para las personas, anunciando que acogerá la demanda, sin embargo, en lo resolutivo, y signado con el número VI, rechaza la demanda indemnizatoria.

Décimo: Que esta Corte rechazará dicha causal, por cuanto para que exista falta de fundamentos de la sentencia debe producirse la contradicción y anulación recíproca entre considerandos y no respecto de un racionio con lo resolutivo del fallo, como funda su recurso el recurrente, además, que el sentido del fallo es claro en cuanto se rechaza la demanda contra el Servicio de Salud de Arica y acoge la demanda contra Promel y Cía. S. A. , en la forma que se expone en lo decisorio. Lo argumentado y lo dispuesto en el artículo 798 del Código de Procedimiento Civil , se declara que no se hace lugar al recurso de casación en la forma, deducido por la parte demandante en lo principal del libelo de fojas 1295 y siguientes.

EN CUANTO A LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS POR LA PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA: VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada, tanto en su parte expositiva como considerativa, con las siguientes modificaciones: a) se eliminan los considerandos trigésimo tercero y trigésimo quinto; b) en el considerando trigésimo cuarto, se elimina el período oracional que comienza con Ello implicay termina con 1980; c) En el motivo cuarto, se modifica la frase en base a, por a base de; d) En el considerando quinto, párrafo segundo, se elimina, el vocablo plural de la palabra testigos por su singular testigo; e) En el raciocinio séptimo, se sustituye la expresión ser por la frase por tratarse de; f) En la reflexión octava, se singulariza el párrafo fundamentos, quedando como fundamento; g) En el fundamento décimo quinto, se trueca la palabra civiles por civil; h) En el considerando vigésimo primero se cambia la expresión el guarismo 30. 667 por 30. 066; i) En el motivo, vigésimo cuarta, se modifica la palabra chuno, pasando a ser chuño; j) En el basamento, vigésimo quinto, se singulariza la expresión riesgo quedando riesgos, y se pluraliza la palabra máximo, a máximos; k) En el raciocinio, vigésimo sexto, se pluraliza la expresión toma por tomas; l) En la reflexión vigésimo séptimo, se sustituye la frase de niveles bajo de contaminación del suelo, por de niveles de contaminación bajo del suelo; m) En el raciocinio vigésimo noveno, se sustituye la expresión metálica por metálico, y se sustituye la palabra producido que sigue a la expresión que por provocado; n) En el acápite trigésimo primero, se trueca la expresión sanitarios por sanitarias; ñ) En la reflexión trigésimo segunda, se suprime la expresión al que sigue a la palabra citaron, y se sustituye por la preposición a.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

Primero: Que a fojas 1290, la abogado Sandra Negretti Castro, por los demandados Promel Ltda. y Cía. C. P. A. , David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada en esta causa el seis de agosto de dos mil cuatro, que se lee de fojas 1215 a 1286, solicitando la revocación de este fallo y que se declare en su lugar que se acoja la inoponibilidad de la demanda respecto de David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz, se acoja la excepción de prescripción de la acción ambiental y que, en subsidio, en el evento que se confirme el fallo, se exima a sus representados del pago de las costas;

Segundo: Que, por su parte, los abogados Fernando Dougnac Rodríguez y Francisco Ferrada Culaciati, por la parte demandante - los que se individualizan en el libelo de

demanda que rola de fojas 200 a 318 también, en el primer otrosí del escrito de fojas 1295 a 1328, interponen recurso de apelación en contra de la mencionada sentencia de primera instancia solicitando al Tribunal de Alzada que se enmiende conforme a derecho dicha fallo, acogiendo en todas sus partes la demanda indemnizatoria interpuesta en contra del Servicio de Salud Arica Fisco de Chile disponiéndose que debe indemnizar todo daño producido a los demandantes, incluyendo el daño material cuya especie y monto se ha solicitado se les reserve a los demandantes, discutirlo en el cumplimiento incidental de la sentencia o en un juicio distinto, todo ello de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil; el daño moral generado y ocasionado a todos los que figuran como demandantes por sí o representados, perjuicio que se solicitó se estimara en la suma de \$25. 000. 000 por persona, debidamente reajustado entre la fecha de interposición de la demanda y la de su pago efectivo, o en la cantidad que la Ilustrísima Corte determine, todo con expresa condenación en costas a todos los demandados;

Tercero: Que en estos autos Juana Rosa Guerra Jirón, Lombardo Molina Manzo, Silvia Encina Aravena, Juana Rosa Guerra Jirón, María Olivia Muñoz Maldonado, Juana María Carvajal Rojas, Miriam Juliana Pérez Centellas, Lilian Jacqueline Tapia Duran, Elba Natalia Garcia Calle, Sandra Mercedes Martínez Flores, Hilda Delia Figueroa Martínez, Guillermina Marcelina Chura Ticona, Héctor Augusto Mamani Tarque, Elena Ruth Abello Leal, Mildred Violeta Acuña Araya, Vania Acuña Acuña y Diana Mónica Valeria González Acuña; Elizabeth de la Cruz Aguilera Pascal, Gabriel Rodolfo y Leydy Carolina Elizabeth Jara Aguilera; Maina Marina Ahumada Fernández, Antonio, Andrés, Marina Andrea y Maina Sanhueza Ahumada; Digna Dalía Aica Arias, Carlos Maldonado Aica y Carolina Alcocer; Vicenta Anastacia Alave Blas, Sandra y Elizabeth Alave Alave; Evangelina del Carmen Albornoz Miranda, Alejandro, Fabián y Claudio Echeverría Albornoz; Giovanna Oriele Alegre Moyano, Carolina Romo Alegre, Tamara y Fabián Avalos Alegre; Maria Angélica Aleluya Gatica, Angélica Aleluya; Ximena Inés Alfaro Peña, Yasna Soledad y Jhonn Carlos Romero Alfaro; Scherlie Karina Alfaro Tabilo, José Christian, Verónica y Guísele Karina Rivera Alfaro; Mireya de las Mercedes Aliaga Barrera, Carminia del Rosario Álvarez Mercado, Silvia Margot Álvarez Ramírez, Ivan y Fabiola Mejias; Estrella Mercedes Labial Magnan, Víctor Ríos y Víctor Labial; María Eugenia Ancavil Coñupan, Maria Paz Negrón Ancavil; Milenka Jacqueline Aracena Cruz, Gladys Leontina Aracena Maldonado, Humberto Alvarado Aracena; Debora Maria Arancibia Garcia, Emmanuel y Jose Manuel Arredondo Arancibia; Delsa del Carmen Arancibia Olivares, Daniel Andrés y

Yoselyn Arleh Tudesca Arancibia; Daniza Edilia Araya Carmona, Berta Villanueva, Elena Amalia y Juan Humberto Villanueva Araya, y Darla Perez; Eledicto Rubén Araya Rivera, s Rubén y Víctor Araya Mardonez; Elizabeth Nancy Araya Rojas, Dick, Cristian y Ricardo Araya; Nelly América Ardiles Ite, Carolina, Israel y Javier Castro; Flor María Arellano Calderón, Mónica Elizabeth Arellano Reyes, Alexis y Juan José Huerta Arellano; Maria Teresa Arias Díaz, Emanuel Alejandro Rivera Arias; Ana Lidia Arias Lara, Daysy Margot Arredondo Flores, Jonathan Clavel Arredondo; Sheryl Elizabeth AstorgaPereira, Ana Ramos Astorga; Ivette Natalia Astudillo Castro, Andrea Tamara Guevara Astudillo; Mitzy Yamilet Astudillo Gutiérrez, Jeimi y Aarón Astudillo; Pabla Niria Astudillo Vargas Daniel Torres; Severina Ayca Terrazas, Cynthia Paola Azocar Encina, Jovanny Calle Azócar; Nilsen Saind Azócar Encina, Marta Zepeda Azocar; Ingrid Margaret Baltra Núñez German y Jovanny Paredes Baltra; Leoncio Manuel Barahona Melgar, Alicia del Rosario Barraza, Anita Robles Barraza; Cristina Cecilia Barraza Contreras, Julián Franco Cabrera Barraza y Marcela Hernández Barraza; Lina Inés Barrera González, Jonathan, Leonardo, Nayaret y Lina Poblete Barrera; Evangelina Gloria Basso Maldonado, Felipe, Javiera y Diego Espinoza; Rebeca Irene Bastias Núñez, Pamela Cecilia Becerra Castillo, Gustavo Caroca Becerra y Cindy Sánchez Becerra; Ana María Bello Muñoz, Carolina Muñoz Bello; Elena Elcira Bernal Arias, Pedro, Sebastián y Javiera Rojas Bernal y Claudio Bernal; Emiliana Patricia Blas Choque, Ivania Varas Blas; Aurelia Silveria Blas Maita Javier y Jaime y Brayán Marco Alave Blas; Carmen Elena Bordones Olivares, Andres e Ignacio Barahona; Ana Soledad Bravo Cabello, Yubisa de Lourdes Brito Bolados, Patricia del Carmen Bruna Olivares, Ivannia, Viviana y Alejandra Bruna; Patricio Alex Bugueño Muñoz, María Luisa Bugueño Pizarro, Carol y Ricardo Diaz Bugueño; Jacqueline Luz Burgos Gonzalez, Enrique e Ignacio Luza Burgos; Laura Elena Bustos Acuña, Julio y Vanesa Gallardo; Ernestina Raquel Cáceres Rivera, Rodolfo, Claudia y Gerardo Gómez Cáceres; Luis Alberto Caimanque Michea, Viviana y Juan Caimanque Méndez; Marisol Concepción Calle Paredes Fresia del Carmen Calle Pongo, María Cristina Callejas Moreno, Silvana Ivonne Camus Castro, Jose, Gari y Gianni Di Giorgio Camus; María Soledad Canales San Martín, Marigen Zulma Canqui Rojas, Myriam Rebeca Cañari Ibáñez, Raul Julio Caques Castillo, Janett Jesi Carlos Caipa, Joan Estrella Morales Carlos; Iris Susana Carpio Requena, Susana y Alexis Troncoso; Wilson Alberto Carvajal Avalos, Pablo Carvajal Torrico; Juana Maria Carvajal Rojas, Manuel Alejandro Cristi Carvajal; Diomelinda del Transito Casanga Astudillo Romina e Ivette Casanga; Teresa del Carmen Castillo Alvarado, Claudia Andrea y Mario Andrés Ardiles Castillo; Marjorie Algélica Castillo

Caballero, Iza, Ellie y Gino Alvarez; Graciela Mirhta Castillo Núñez, Andres, Rodrigo, Eduardo y Ricardo Castillo; Raquel Olivia Castillo Segobia, Patricia Uberlinda Castro Cuevas, Margarita Del Carmen Castro Miranda, Yesenia, Manuel y Romina Carmona Castro; Luisa Irene Castro Silva, Rodrigo y Boris Benavides Castro; Eduardo Ambrosio Castro Vergara, Jaime Antonio Cautin Roberts, Jaime Antonio, Omayra del Carmen, Jesús Antonio y Marisol Clara Del Carmen Cautin Lopez; Berta Cayo Gajardo, Isabel Georgina Caballos Palacios, Isabel y David Vasquez Cevallos; Pamela Nora Celis Cerda, Jaime y Jairo Fernández Celis; Luz Mariani Cid Sepúlveda, Sonia Elena Collao Galvez , Sebastián Gallardo; Matilde Eugenia Collao Toro, Rodrigo, Francis y Gido Collao Collao; Richard Francisco Colque Yavi, Ricardo Colque; Eglá Marissa Contreras Muñoz, Fidela Ester Cordovéz Peralta, Rosa Karina Corona Peirano, Camila Fernanada Josue Moreno; Julie Pamela Corrales Rojas, Dayanne Marlene y Giannela Dense Cuello Corrales; Paola Solange Cortes Arellano, Oscar Cortés Cortés; Eva del Rosario Cortés Basay, Karen y Michael Serrano; Deyse Silvia Cortes Honores, Miguel Ayala Cortes, Edgardo Navea Cortés, Omar y Alejandra Ayala Bolados; Maria Cristina Cortés Olivares, Daniel Soloaga y Anais Archile; Julieta Eva Corvacho Butrino, Ricardo y Romina Corvancho; Julia Patricia Cuadra Morales Ignacio Bravo Gutiérrez; María Elda Chaura Levicoi, Cristina e Iván Altamirano Maturana; Vicente Choque Cruz, Sandra Ivonne Daponte Fuentes, Isabel Inés De Las Peñas Cabeza Díaz, Blanca Cristina Delgado Castro, Gladys Graciela Descovich Figueroa, Giselle Arce Flores; Nury Del Carmen Díaz Ahumada, Felipe Eduardo Díaz Cerda, Eduardo, Rosa Beatriz, Carla Isabel, Felipe Esteban y Patricio Díaz Vicencio; Líela Gloria Díaz Estrada, Angelina Natalia y Jonathan Astudillo Díaz; Maria Angélica Díaz Rubilar, Karen y Karla Nicole Rodríguez Díaz; Yesenia del Rosario Díaz Vega, David y Yasmina Torres Diaz; Lina Mirella Diaz Zabala, Caroline Torres Diaz; Nancy Marjorie Dorador Rojas, Nicole Alejandra Dorador Dorador, y Jean Paul Flores Dorador; Maria Soledad Echeverria Navarro, David, Jairo y Bayron Rojas Echeverria; Eliana Margarita Escobar Paycho Gabriela Tancara Escobar; Patricia Margarita Petronila Escuti Aguilera, Sergio y Fernando Hernández y Patricio Canales; Elinor Del Carmen Espejo Aguirre, Haydee Del Carmen Espejo Paza, Solange Cartagena Espejo; Verónica Violeta Espinoza Rojas, Andrea Francisca Estay Núñez, Omar Ricardo y Andrés Reynaldo Cortes Estay; Isabel Beatriz Estay Núñez, Néstor y Yerelle Ariel Tapia Estay; Sonia Regina Fajardo Olivares, María José y Carlos Eduardo Flores Fajardo; Edith Ercilla Farias Opazo, Felipe Moisés Fernández Morales, Yocelyn Fernández Chambre; Alicia Del Carmen Ferrada Alvarez, Lisette, Maximiliano Manuel y Eric Eduardo Araya Ferrada, Franklin Nivaldo

Ferreira Jaramillo, Cecilia Ferreira Aliaga; Milka Felipa Ferreira Quiroga, Wilson y Fabiola Ferreira; Hilda Delia Figueroa Martínez, Camila Ocaranza Figueroa; Luisa Francia Flores Alave, Rosa Amelia Flores Alvarez, Carola, Alejandro y Francisca Flores; Maria Ana Flores Calderón, Gustavo López Flores, Scarlet y Catherine Orellana Flores; Irene Flores Felipe, Mariela Margarita Flores Flores, Giselle Huarachi Flores; Wilson Del Rosario Flores Flores, Fabian Flores Valderrama; Francisco Damiano Flores Mamani, Beatriz y Camila Flores Varas; Ana María Flores Rivera, Alex Díaz Rivera y Paulina Díaz; Jorge Guido Flores Santander, Maria Enriqueta Fonseca Becerra José Orellana Fonseca; Leonardo Alberto Fuentes Alvarado, Alejandra, Leonardo, Isaías y Javier Fuentes Bastías y Matías Fuentes Fuentes; Enrique Osvaldo Fuentes Luque, Víctor y Andrea Fuentes Nahuelcura; Fernanda María Gajardo Ovalle, Blanca Rosa Galaz Castro, Geraldin Riquelme Galaz, Pilar Concepción Galvez Surco, Verónica Del Pilar Galleguillos Piñones, Margrethe Valeria Garrido Saa, Leandro y Valeria Adores; Soledad Consuelo Gaspar Guiñez, Alberto Alexis Y Andrea Macarena Ossandón Gaspar y Andrea, Alberto, Aracely y Ambar Gaspar; Ana Violeta Gilberto Palma, Daniel Maximiliano Agular Gilberto; Lorena Del Carmen Gómez Soto, Ayleen Pérez Gómez; Ma ría Virginia Gómez Soto, Denness, Darling y Camila Díaz; Palmarina Del Carmen González Carmona, Maria Esther González Quispe, Catherine y Maria A. González; Jeannette Susana González Rojas, Maria Griselda González Torres, Juana Rosa Guerra Jirón, Elías Jesús Aguilera, Katherine y Jaime Viza Guerra; Noemí Del Rosario Guerra Navarro Marlene Cosmelia Guillermo Ganica, Polette Fernández, Jennifer y Mery Guillermo; Marlene Cecilia Gutiérrez González, Priscilla, Abigail Cortez Gutiérrez y Karla Cortez Contreras; Ruth María Guzmán Trigo, Jorge Osvaldo Portilla Guzmán, Pablo y Catherine Rojas; Mónica Alejandra Henríquez Salgado, Giovanni Castro Henríquez; Hilda Ximena del Carmen Hernández Luco, en Ximena, Hugo, Pía, Paula, Valentina y Natalia Hernández; Ercilia Alejandra Herrera Morales, Julio y Macarena Arce Herrera; Miryan Del Carmen Rojas, Jessica Liriguen Herrera; Rosa Elena Hidalgo Díaz, Braulio Orrego Hidalgo; Sandra Del Rosario Hidalgo Rojas, Dhassmary Del Rosario Henríquez Hidalgo, y Alexis Manuel Chinchilla Hidalgo; Judith Hortensia Huenul Henríquez, Natalia y Valeria Oyarzo Huenul; Elsa Elvira Huidobro Sánchez, Elizabeth Del Carmen Ibacache García, Will iams, Nicol y Elisabeth Ibacache; Raquel Regina Illanez Díaz, Hernalda y Nicole Pizarro Illanez y Michelle Illanez Illanez; Franz Nilton Jaime Roa, Nilton Jaime Meneses; Maria Isabel Jaime Thompson, Katherine y Francisca Jaime; Silvia Angélica Jiménez de la Vega, Yones, Jennifer y Jonathan Lopez Jiménez; Jerorjina Jiménez Mamani, Jose Solis y

Gustavo Jiménez; Karen Eliana Jiménez Olivares, Suyin Carrera Jiménez; Celia Del Carmen Jofre Briceño, Maria Y Jose Coronado Jofre; Karen Roxana Johnson Barraza, Sebastián Mollano Johnson; Patricia Irene Juica Cartajena, Patricia y Jorge Juica; Soledad Jacqueline Kohnenkampf Castro, Camila Gisella y Javier Nicolás Vásquez Kohnenekampf; Brunilda Maria Del Carmen Lara Romero, Marcelina Cecilia Layme Llante, Marcela, Carlos, Soledad y Andres Layme; Jacqueline Marie Lazo Castillo, Berta Rosario Lazo Rojas, Cristian Espinoza Lazo; Mirtza Estefanía Leiva Baltasar, Abraham, Adela y Margarita Alfaro; Celia Rosa Leiva Yévenes, Lucy Guzmán; Rosario Del Pilar Leyton Puja; Rodrigo y Andres Saavedra; Sigfredo Iván Lidl Herrera, Gloria Viviana Lillo Rebolledo, Michelle Paulina y Diego Barraza Lillo; Erika Bernarda Linares Yante, Jimmy Luna Linares, y Yohel Ardiles, Vilma Janet López Carvajal, Ricardo Fabián y Naoman Muñoz López; Aurora Del Carmen López Puebla, Camila y Luis Silva López; Ingrid Ivonne López Saldivar, Maria Alejandra López Vilches, Luisa Aurora y Maria Alejandra Soto López, Verónica Susana Llusco Poma, Nidia, José y Estefani Blanco Llusco; Matiasa Lucia Maita Flores, Astrid Mónica Maldonado Menares, Estefanía Margot e Isaac Aviles Maldonado, Maria Isabel Maldonado Rivera, Roberto y Brayand Muñoz Maldonado; Jessica Bernarda Maluenda Milla; Maria América Mamani Carvajal, Francisca Mamani Troncoso y Maria Rojas Mamani; Isidoro Agustín Manzanares Carlos, Alan, Abigail Marta, Jocelyn Alejandra y Jeisi Isabel Manzanares Calizaya; Jeannette Del Carmen Marchant Crespo, Carol y Nicole Pizarro Marchant, Sandra Mercedes Martinez Flores, Leonardo, Nelson y Yocelyn Martínez Martínez; Cristina Aurora Martínez González, Francisco Silva; Isabel Celinda Martínez Núñez, Patricio Baluarte, Franco Toro y Cristian Ardiles; Iván Esteban Martínez Pinto, Joan Martínez Albarracin, Karian Del Carmen Maya Cerda, Cristian y Miguel Maya Cerda; Demetria Medina Zavala, Consuelo Alejandra Mejía Saavedra, Julia y Romina Sejas Mejias; Paulo Alejandro Melchor Melchor, Teresa Del Rosario Melo Ibacache, Karen, Kevin y Armin Latoja Melo; María Ines Meneses Campaña, Juan Meruvia, Kevin y Dalfau Meruvia; Maria Soledad Milos Caceres, Angela Miranda Argote, Juan Luis Miranda Salinas, Patricia Alejandra Molina Navarrete, Dilema Andrea Molina Platero, Maribel Ledesma Mailna; Victoria Mollo Contreras, Álvaro y Yerko Choque Mollo; Bernardo Ernesto Mondaca Contreras, Ayleen Arlette Muñoz Mondaca; Maria Genoveva Montecinos Cornejo, Cryshna, Raffaella, Alejandro y Cristal Carvajal Montecinos; Sofia Esperanza Montevilla Mamani, Jaime Iván y Paulina; Maribel Urzula Nini Morales, Oscar Gerald Cassonett Nina; Manuel Francisco Morales Ribera, Alexis Yoan Morales Rivera; Isabel Elena Morgado Torres, Raúl Edgardo

Vega Morgado, y Luis Armando y Michael Lastra Morgado; Aída Jimena Morís Fernández, Antonia Macarena Morís Fernández, Jaime y Karen Marina Olivares Morís, y Diego Espíndola Morís; Carolina Edith Moscoso Nieto, Nicolás y Cristian Díaz Moscoso; Patricia Del Carmen Muñoz Díaz, Oscar y Matías Acosta Muñoz; Carlos Muñoz Fierro, Rodrigo Antonio Muñoz Navarrete; Maria Olivia MuñozMaldonado, en Ivo y Oscar Fariáz Muñoz, y María José y Milton Jorge Eduardo Jara Muñoz; Pamela Carola Muñoz Maldonado, Francheska y Christopher Carreño, Rosa Erminda Muñoz Martínez, Fabián Navarro Muñoz, Viviana Cecilia Muñoz Vega, Johan Bastian Vargas Muñoz; Nancy Del Carmen Navarro Lillo, Mercedes Navarro Mora, Katherine, Hans Alexis y Maria Cristina Beretta Navarro; Rosa Paulina Navarro Muñoz, Nashnuja Paulina Pizarro Navarro; Mónica Elena Navarro Navarro, Víctor Hugo Rubio Navarro, Lila Araya Navarro, Gerson Moisés y Ángel Muñoz Navarro; Elda Fresia Noriega Flores, Remedía Teresa Ñaves Apata, Pilar De Lourdes Ocampo Pizarro, Veronica, Claudia, Felipe y Makarena Ogaña Ocampo; Mónica Del Rosario Olavaria Valdes, Sthepanie Soto-Aguilar Olavaria; Gloria Alejandrina Olivares Chandia, Maria Cristina Olivares Leyton, Jorge Orlando Díaz Olivares y Esteban Humberto Figueroa Díaz; Elsa Margarita Olivares Olivares, Yeins, Micaela y Gloria Bautista Olivares, y Doluglas Edison Opazo Olivares; Enrique Antonio Opazo Navarro, Monica Elizabeth Opazo Navarro, Patricia Verónica Opazo Navarro, Patricio y Han Opazo; Sandra Alicia Orellana Orellana, Yazmin Bustos, Fanny Isadora Bustos Orellana, María José Melgar y Jose Manuel Orellana; Ana Elvira Orellana Torrico, Marcela Claudia Ormeño González, Jennifer, Carlos, Jose Ignacio y Luis Ríos Ormeño; Nedjelka Alexandra Ormeño González, Estefanie Gabriela y Nelson Sebastián Ortiz Ormeño; Francisco Orrego Orrego, Marina Isabel Oyarce Gutierrez, Eulalio Ervasio Oyarzo Sánchez, Olga Inés Pacheco Pacheco, Rocio Bejar Pacheco; Maria Alicia Padilla Farias, Javier Andres Padilla; Hector Guillermo Paiva Gallardo, Adrian Paul y Alejandro Osvaldo Paiva Ponce; Doris Del Carmen Palma Duran, Jaime Rubén Sandoval Palma; Humberto Paulo Paredes Quiroz, Elena del Rosario Parra Cisterna, Camila Gómez Parra; Jorge Amadiel Parra Jelvez, Andrea y Matías Parra Pérez De Arce; Leonor Amelia Pasten Pizarro, Yoan Ribera Pasten; Sylvia Isabel Paycha Bustamante, Luis, Johana Isabel y Melissa Delia Bustos Paycha, Rosa Del Carmen Paycho Jiménez, Horacio Peña Jiménez, Miriam Juliana Pérez Centellas, Gabriel y Karen Contreras Pérez; Rosa Pérez Chaparro, Camilo Daniel Rojas Zarate; Edda Ernestina Pérez Leiva, RosaDe Lourdes Pérez Páez, Trinidad Del Carmen Pérez Tapia, Roberto Nicolás y Camilo Rene Irrazabal Pérez; Grace Carolina Pino Poveda, Angelo Cortez Pino; Rubén Alfonso Pinto Godoy, Maria Verónica

Pizarro Álvarez, Maria Angélica Quiroz Vera, Alejandra, Mery, Jorge y Cheo Quiroz; Leonardo Juan Quispe Quispe, Jeannette Del Carmen Ramírez Peña, Javier y Valeria Paulina Rodríguez Ramírez; Sandra Luisa Ramírez Peña, Rosa Victoria Rebolledo Salas, Romina Andrade Rebolledo; Olga Del Carmen Reyes Arellano, Angélica Del Pilar Riffo Sanhueza, Manuel Aramayo Riffo; Doris Herminia Rios Páez, Yanko Alexis, Alvin Olivia y Camila Beatriz Gómez Rios; Ángela Myrtha Mújica, Ángel Ribera Ribera, Luis, Gerardo y Jorge Leiva Rivera; Margarita Verónica Robles Duran, Nicole, Hilda, Margarita y Javier Aros Robles; Ana Ruth Rocha Ketterer, Andrea, Verónica y Adriana Rocha; Zoila Rosa Rodríguez Alcarruz, Daniela Patricia Rodríguez Olivares, Daniel y Javiera Carrasco; Brenda Ruth Rojas Aravena, Romina Seyki Rojas Aravena, Romina Rojas Rojas; Judith Magdalena Rojas Avalos, Helen y Johnny Peña Rojas; Matilde De Las Nieves Rojas Carvajal, Karina Dorador Rojas; Betty Del Rosario Rojas Godoy, Luis y Elizabeth Araya Rojas; Rossana Soledad Rojas Inda, Perla Soledad Rojas Mondaca, Patricia Ester Rojas Torres, Giselle y Darling Rojas; Manuel Fernando Rojas Vargas, Maria Victoria Romero Acuña, Enriqueta Del Carmen Romo Rojas, Jaime, Katherine y Jorge Pastenes Romo; María Antonia Saavedra Carvajal, Marta Magali Saavedra, Viviana Isabel Saavedra Solís, Denisse Martínez y Katherine Terrazas; María Magdalena Sáez Rozas, Johana y Jimmy Figueroa; María Salgado Velásquez, Irma Amanda San Martín Torres, Sara Luisa Sana Medina, Tabita, Isaías, Sara y Noemí Rios Sana; Janet Guadalupe Sandoval Cortez, Romina, Kevin y Daniel; Magdalena Eugenia Sanhueza Umaña, Abraham y Jocelyn Rojas Sanhueza; Patricia Angélica Santana Carvajal, Paola Soraya Santander Callejas, Lidia Verónica Santelices Apaza, Rubén y Jennifer Henna Santelices; Sonia Del Carmen Santiago Andrades, Clara América Santos Contreras, Yorka Del Carmen Segovia Aran, Marjorie, Yasmina Luis Rivera Segovia; Yolanda Valentina Segovia Vicencio, Dangelly Godoy Segovia; Elia Del Tránsito Silvia Fernández, Rodrigoy Alberto Silva; Misuko Stephanie Silvia González, Jeremy Robert Gaete Silva; Patricia Ximena Solano Garrido, Juan, Zulema Patricia, Iván Andrés y Daniel Michea Garrido; Paola Andrea Solís Barahona, Ángel Olivares y Jocelyn Solís, Jessica Liliana Soto Breems, Isabel, Diana y Miguel Soto; Luisa Amandina Soto Breems, Judith y Maria Paz Encina Soto; Yamina Nelly Del Pilar Soto Breems, Marco Y Víctor Fernández Soto; Pedro Francisco Soto Riquelme, Cecilia Del Carmen Soto Sánchez, Nicolás y Alan Soto; Verónica Tránsito Soto Sánchez, Mirko Rodrigo Cáceres Soto, Karen y Daniela Contreras Soto; María Isabel Stuardo Escalona, Esmeralda Alicia Tabali Cayo, Clara De Lourdes Talamilla Ossandon, Clara y Wilfredo Espinoza y Cristina y Andres Talamilla; Inés Del Carmen Tapia Bello, Camila

Ferra da Zúñiga y Gabriela Zúñiga Tapia; Lilian Jacqueline Tapia Durán , Jakaret, Fernando Antonio, Marcelo Leandro, Ignacio Felipe y Camila López Tapia; Georgina Elizabeth Tapia Ossa, Guido Andrés, Maria y Francisca Leiva; Dilsia Del Carmen Tapia Ramírez, Alexis Andres y Michael Nicolas Parra Tapia; Johnny Javier Terraza Ponce, Danae Terraza Robles y Johnny Terraza; Vanessa Margarita Torrejón Corvacho, Lidia Margarita Torres Fuenzalida, Yanira Patricia y Christian Eduardo Gallardo Torres; Carmen Luisa Torre Jeraldo, Gloria Elvira Torre Manque Margarita Soledad Valdes Tapia, Ester Huerta Valdés y María Teresa Cisterna Valdés; Margarita Eliana Valdivia Cofre, Camila Paredes y Minoska Ortiz Valdivia; Berta Del Rosario Valte Macias, Yesenia y Josué López Valte; Elena Rosa Vallejos Manriquez, Juan, Guillermo y Jesús Varas Vallejos; Roxana Esther Varela Tapia, Aida Julia Veas Aviles, Gabriela Veas; Danissa Margot Vega Flores, Franco y Madelyn Roxana Muñoz Vega; Magali Irene Vega Ortiz, Davis y Luis Herrera Vega, Claudio Antonio Veira Neira, Juan Manuel Veira Neira; Ivonne Isabel Vera Díaz, Cristian Cortes Vera; Fabiola Elizabeth Vergara Álvarez, Abel y Melissa Alejandra Solano Vergara; Nora De Las Nieves Vergara Vergara; Sergio Jofre Vergara, Charles y Paulina Paredes Vergara; Juana Del Carmen Viaccava Riberos, Rosa Maria Vilca Lazaro, Elizabeth y Andres Vilca, Blanca Cecilia Vilches Pinilla,; Patricia Alejandra Viza Romero, Carmen Maria Waddington Carrasco, Miguel, Marco, Israely Michel Carvajal Waddington; Alicia Irma Laura Yampara, Zunilda Del Rosario Yanulaque Espejo, Alvaro Yanulaque Yanulaque; Ana Kaim Yáñez Borda, Mominid Riquelme Yañez, Gumercinda Yañes Uribe, Julia Del Carmen Zacarias Silva Misael y Ángel Zacarias; Marisol Saina Zambrano Morales, Fresia Del Carmen Zamora Reyes, Danny Richard Cortes Balcazar, Omar Ricardo Cortez Estay y Andrés Reynaldo Cortés Estay; Juan Rodolfo Riveros Mardones, Gustavo Alejandro Riveros Aguirre, y Macarena Paz Riveros Aguirre, Liliana Verónica Matamoros Cortez, Jeraline Raquel De Lourdes Rivera Matamoros, Cristofer Jonathan Matamoros, y Milinsen Silvia Liliana Rivera Matamoros, Víctor Manuel Verdejo Ugarte, Juan Carlos Gallardo Cortez, Nathaly Andrea Gallardo Soto, Carla Alexandra Gallardo Soto, Carlos Ignacio Gallardo Soto, y Nicolás Sebastián Gallardo Soto; Jose Eduardo Flores Guerra, María José Flores Fajardo, y Carlos Eduardo Flores Fajardo; Víctor Isidro Flores Mondaca, Joseline Natalia Flores Oyarce, Fabián Lucas Víctor, y Benjamín Marcelo; Alejandra Paola Gómez Collao y Alonso Del Rosario Gallardo Rojas, Sebastián Gallardo Gómez; Monica Elizabeth Opazo Navarro, Andrea Ayca Opazo, Marianela Ayca Opazo, y Leonel Ayca Opazo; Marco Antonio Maulen Recabarren, Marco Antonio Maulen Aguirre, y Darling Romina Maulen Aguirre; Víctor Clemente Rios Guajardo, Víctor Javier

Ríos Labial, y Dalila De Lourdes Ríos Labial; Janet Carolyn Mamani Gutierrez, Maulen Beatriz Opazo Mamani, y Enrique Eduardo Opazo Mamani; Eugenio Del Tránsito Martínez Araya, Jocelyn Andrea Martínez M. , Nelson Sebastián Martínez M. y Leonardo Eugenio Martínez M; Romelio Del Carmen Contreras Jiménez, Raúl Alejandro Cisternas Pérez, Gabriel Lee Contreras Pérez y Kevin Esteban Contreras Pérez; Maria Olivia Muñoz Maldonado, Milton Jorge Farías Muñoz; Erika Tereza Véliz Contreras, Lissette Ticlla Véliz, Valeryn Ticlla Véliz, y Víctor Ticlla Véliz; Miguel Segundo Lopez Carvajal, Fernanda López Tapia, Jakaret López Tapia, Fernando López Tapia, Marcelo López Tapia, Ignacio López Tapia, Camila López Tapia, y Sammy López Tapia; Nelson Alfonso Ortiz Rivas, Nelson Sebastián Ortiz Ormeño; Luis Rodolfo Cordoba Meza, Natalia Lorena Córdoba Gajardo y Melissa Esther Córdoba Gajardo; Jaime Andres Kiriguin Rojas, Andrea Kiriguin Herrera y Jessica Kiriguin Herrera; Dilia Del Tránsito Castillo Jeneral, Andrés Daniel Ortiz Castillo; Heriberto Genaro Rivera Jaime, Cristian Mauricio Rivera Alfaro, Gisella Karina Rivera Alfaro, José Antonio Rivera Alfaro y Loreyn Verónica Rivera Alfaro, Domingo De Jesús Abarca Valle, Miguel Angel Abarca Díaz y Víctor Alfredo Abarca Díaz; Luis Viluz Araya Cortes, Sandro Del Carmen Barahona Araya, Leonel Angel Villalobos Marín, Jennifer Andrea Jacqueline Villalobos Arriagada y Leonel Antonio Villalobos Arriagada, Abel Segundo Solano Garrido, Abel Humberto Solano Vergara y Melissa Alexandra Solano Vergara; Ireno Atiliano Choque Pacasa, Wilson Carvajal Avalos, Erika Patricia Zepeda Lagos, Víctor Chinga, Katherine Ayala, Jose Aguilera y Aarón Levid Aguilera Zepeda; y Yubinza Yanet Zepeda Lagos, Leticia Santos Zepeda, Wladimir Alexis Segovia, Esteban y Yannett Zepeda, interponen demanda por daño ambiental en contra de Procesadora de Metales Ltda. , y Cía. , C. P. A. Promel Ltda. y Cía. C. P. A. de Procesadora de Metales Ltda. Promel Ltda. de David Fux Glickman, de Natalio Fosk Rosemberg, de Marcos Beovic Vranicic, de Alberto Koch Sologuren, de Eduardo Fosk Abrahamson y de Blas Martino Muñoz, y del Servicio de Salud de Arica, pidiendo que se acoja y que, en definitiva, se declare a) que las primeras ocho personas señaladas han cometido un hecho ilícito que reúne las características de cuasidelito civil cometido en contra de los demandantes y del medio ambiente, y que como consecuencia de esto, deben reparar, a su costa, íntegramente el medio ambiente dañado, debiendo efectuar las acciones de reparación, previa evaluación del impacto ambiental, consistentes en 1o, el saneamiento integral del sitio original de acopio de los desechos, y 2o, la eliminación completa de las 20. 901 toneladas existentes en la Quebrada Encantada, de una manera ambientalmente racional, o bien, obligar a los demandados a su reimportación al país exportador, en

conformidad a lo establecido en el Convenio de Basilea, o si ninguna de las acciones anteriores fuere materialmente posible, obligar a los demandados a efectuar la disposición final de los residuos peligrosos bajo máximas seguridades y medidas ambientales que sea posible establecer en un Estudio de Impacto Ambiental; y b) que el Servicio de Salud de Arica debe indemnizar todo daño producido a los demandantes: en primer término, el daño material, cuya especie y monto solicitan se les reserve la discusión para el cumplimiento incidental de la sentencia o para un juicio distinto, todo ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil ; y, en segundo lugar, el daño moral sufrido por todos y cada uno de los demandantes que han sufrido directamente el daño material, para sus padres y para las personas que sin ser sus padres, se encuentren a su cuidado; daño moral que lo evalúan en \$25. 000. 000 para cada una de las clases de personas indicadas precedentemente, o la cantidad que el Tribunal determine en justicia, todo ello con expresa condenación solidaria en costas a todos los demandados; Posteriormente, los actores retiran la demanda respecto de los demandados Promel Ltda. , Natalio Fosk Rosemberg, Marcos Beovic Vranicic, Alberto Koch Soluguren y Eduardo Fosk Abrahamson;

Cuarto: Que con la nutrida documentación e informes acompañados a los autos por las partes mencionadas en la parte expositiva del fallo recurrido y a que se refieren los fundamentos primero a octavo, se ha establecido en esta causa: Que a partir del año 1984, la Sociedad Promel Ltda. , y a su administradora Promel Ltda. y Cía. C. P. A. , importó desde Suecia e internó al territorio nacional más de 20. 9 01 toneladas de residuos para su tratamiento y obtención de substancias minerales, en su planta ubicada en Chapiquiña 3066, o sitio F de la zona industrial de Arica, consistentes en barros con contenido metálico, internación que se hizo con el beneplácito del Servicio de Aduana que sólo exigió al importador una declaración jurada de que estos productos no eran tóxicos; quedando éstos almacenados en el señalado sitio F de la zona industrial, en espera de su desaduanamiento, y allí quedaron a la intemperie, sin fiscalización alguna, pretendiendo la empresa importadora años después, en 1993, el abandono de estos desechos a beneficio fiscal, lo que no fue aceptado por el Servicio de Aduana; posteriormente, en 1997, ésta - para desprenderse de este acopio mineral - solicitó la destrucción de éstos, lo que nunca se produjo, quedando en definitiva estos residuos abandonados en ese lugar, sin resguardo sanitario alguno, produciéndose con ello un verdadero colapso sanitario y ambiental, que hizo que las autoridades tomaran medidas al respecto, ya sea como la interposición de un recurso de protección que formalizó el Alcalde de Arica a fin de

asegurar la protección de los vecinos de la Población de Cerro Chuño, como del Servicio de Salud de Arica, y atendiendo la salud de los habitantes, como lograr el traslado del acopio de minerales a un lugar seguro fuera del radio urbano, por haberse acreditado con informes técnicos que estos residuos eran tóxicos por su alto contenido de mercurio, plomo arsénico, cobre y otras materias, y ser peligrosos para la salud pública y el ambiente; todo lo cual hizo que el Servicio de Salud de Arica - ante la renuencia de la empresa importadora - se hiciera cargo del traslado de este acopio de residuos metálicos a Quebrada Encantada, no lejana de ese sector; tal como se ha consignado en los fundamentos 15o, 17o, 18o, 19o, 20o, 21o, 22o, 23o, 24o, 25o, 26o, 27o, 28o y 31o de la sentenciarecurrida;

Quinto: Que, en consecuencia, debe concluirse que en autos se encuentra debidamente comprobado que la existencia del acopio de barros con contenido metálico en el sitio F de la zona industrial, ha provocado contaminación en el terreno de dicho sector, produciendo un daño ambiental en la forma que se describe en la Ley No 19. 300 , el que, a su vez, ha afectado la salud y calidad de vida de las personas de las poblaciones vecinas - señaladas en el fallo - por lo que resulta procedente la demanda que se ha interpuesto por este concepto contra la sociedad Promel Ltda. y Cía. C. P. A. , y David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz, sus representantes, toda vez que resultan responsables del daño ambiental producido, ya que en conocimiento de la naturaleza peligrosa y tóxica de dichos barros, nada hicieron para evitar las consecuencias perniciosas de ese acopio de residuos minerales, importados con un fin que nunca cumplieron, llegando incluso a tratar de deshacerse de ellos abandonándolos a beneficio fiscal, lo que no le fue aceptado por la autoridad aduanera, por lo que se concluye que son plenamente responsables de su acción dolosa conforme lo señala el artículo 51 de la Ley No 19. 300 ;

Sexto: Que, en cuanto a la excepción de inoponibilidad de la demanda que plantean los demandados David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz, debe estarse a lo argumentado por el sentenciador en los fundamentos 9o a 12o, y rechazarse ésta, toda vez que ellos eran los representantes de la persona jurídica importadora de los desechos tóxicos y, como tales tomaban las decisiones de este ente abstracto, de manera que ésta actuaba por lo que ellos como personas naturales decidían, y, tal es así, que está comprobado en el proceso que el demandado Blas Martino Muñoz trató ante Aduana de abandonar este acopio de residuos a beneficio fiscal, u obtener la autorización para su destrucción, lo que

nunca se plasmó; por lo que debe confirmarse lo resuelto por el juez de la causa a este respecto;

Séptimo: Que, también, los demandados Promel Ltda. y Cía C. P. A., David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz han hecho valer la excepción de prescripción de la acción ambiental, aduciendo que la importación de los residuos metálicos se produjo en el año 1984; por lo que aclarando la argumentación que se da en el considerando décimo quinto, debe tenerse presente lo que establece el artículo 63 de la ley No 19. 300 , al prescribir que la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescriben en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño; daño ambiental que se hizo evidente sólo en el año 1997, ya vigente la disposición legal recién citada, por lo que se debe confirmar lo resuelto por el juez de la causa;

Octavo: Que, frente a la demanda indemnizatoria que interponen los demandantes en contra del Servicio de Salud de Arica, la abogada Procuradora Fiscal de Arica, en representación de este Servicio Público, en el primer otrosí del libelo de fojas 352 solicita el rechazo de tal demanda, alegando la falta de legitimidad pasiva del Servicio de Salud de Arica - Fisco de Chile - para ser demandado en este juicio; en subsidio, de no acogerse esta petición señala que la demanda de indemnización por daño ambiental debe ser rechazada, en todas sus partes, dado que en la especie no se cumple con los requisitos legales para que proceda la responsabilidad por daño ambiental del Servicio de Salud de Arica; que el demandante no ha aportado antecedente alguno que permita suponer que ha sufrido los daños denunciados; y que, en todo caso, la demanda debe ser rechazada, con costas, por prescripción de la acción;

Noveno: Que, para formular pronunciamiento acerca de las peticiones y alegaciones formuladas por el Servicio de Salud de Arica para solicitar el rechazo de la demanda, debe tenerse presente y considerarse los siguientes principios legales que reglan la materia. En efecto, la Ley Orgánica Constitucional No 18. 575 de 1986, sobre Bases Generales de la Administración del Estado , prescribe que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado, - artículo 4o -; y que, además, los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio - artículo 42 - . El Servicio de Salud de Arica es un órgano descentralizado de la Administración del Estado, creado por Decreto ley No 2. 673 de 1979, que le corresponde ejecutar coordinadamente acciones

integradas de fomento o promoción y protección relativos a las personas y al ambiente y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas - Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud No 42 de 1986 - y a través de su Departamento de Programas sobre el Ambiente, debe proteger a la población de los riesgos producidos en el ambiente, debiendo diagnosticar y calificar con criterios epidemiológicos y de prioridades los problemas relativos al ambiente y ejecutar acciones de fiscalización, control y otras de carácter técnico o administrativo, incluidas en los programas aprobados; y según el artículo 3o de la citada Ley No 18. 575 , las acciones de los Órganos del Estado corresponden a una de las formas que se tienen de prestar la atención de las necesidades públicas, es decir, de otorgar el debido servicio a la persona humana. En el caso sub-lite, la atención de las necesidades públicas de salud a través del debido servicio, consiste en proteger a la población de los problemas producidos en el ambiente mediante acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas en esta zona del territorio nacional, debido servicio que debe ser continuo y permanente, a la vez que eficaz y eficiente. Si el servicio prestado no reúne estas condiciones, ese servicio no es el que debe recibir la persona humana beneficiaria de él y, por lo tanto, existe, consecuentemente, una falta de servicio, la cual acarrea la responsabilidad del órgano del Estado, según lo dispone el artículo 38 inciso 2o de la Constitución Política de la República de Chile y el ya referido artículo 42 de la Ley No 18. 575 . La falta de servicio que es lo que se reclama al Servicio de Salud de Arica consiste - según la jurisprudencia - en una acción, omisión o abstención, en una actuación voluntaria, como una imprudencia, equivocación o torpeza, en otros términos, hay falta de servicio cada vez que el Servicio Público ha funcionado mal, ha funcionado prematura o tardíamente; por lo tanto, para que la responsabilidad del Estado o del organismo estatal tenga lugar, ya no resulta imprescindible la evolución subjetiva de la conducta del agente público, para que la víctima tenga derecho a ser indemnizada, es suficiente que esté relacionada con el servicio u órgano y que exista un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido - sentencia del Juzgado de Viña del Mar, dictada en causa rol 1312-97, confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso y Excma. , Corte Suprema-, coligiéndose de ello que la responsabilidad de los órganos del Estado - Servicio de Salud Arica - y del Estado mismo, es objetiva y no requiere, por tanto, la concurrencia de dolo o culpa, ya que ésta cabe dentro de la esfera del Derecho Público y no del Derecho Privado;

Décimo: Que, en la especie, consta en forma indubitada y no ha sido cuestionada en autos, que el Servicio de Salud de Arica, incumplió sus obligaciones legales, esto es, no adoptó oportuna y eficientemente las medidas necesarias para hacer cumplir las normas legales y reglamentarias destinadas a resguardar la salud de las personas, es decir impedir la contaminación producida por Promel Ltda. y Cía. C. P. A. , incumplimiento que causó graves daños en la salud y calidad de vida de los demandantes; daño material y moral que ha sido expresamente reconocido en la parte no apelada de la sentencia, en relación a la demandada Promel Ltda. y Cía. C. P. A. , en sus considerandos 19o a 27o y 34o. Además, cabe tener presente que consta en autos, y así está reconocido en el considerando 19o del fallo en alzada, que el Servicio de Salud de Arica estaba en conocimiento del alto contenido de plomo, cadmio, zinc y arsénico que tenían las substancias internadas por Promel Ltda. y Cía. C. P. A, sin que realizara ninguna acción para evitar sus funestas consecuencias - absolución de posiciones del Director del Servicio de Salud de Arica, de fojas 935 - y fue así que en mayo de 1984, cuando el importador de los residuos solicitó desaduanar éstos, el Servicio de Aduanas le requirió el certificado que debía emitir el Servicio de Salud de Arica, conforme al artículo 2o de la Ley No 18. 164 , sin embargo, el Instituto de Salud Pública le informó que el material analizado (48 kilos de desechos importados) no eran tóxicos, pero advierte sobre efectos en la salud respecto de la ingesta, derrame y contaminación de alimentos, manipulación de esos desechos metálicos sin el debido cuidado y la necesidad de no exponer a las personas a ellos - documento de fojas 411 - lo que lleva a colegir que éstos en definitiva, eran peligrosos para la salud. Sin embargo, el Servicio de Salud incumplió dicha norma legal, toda vez que Aduana se conformó con una simple declaración jurada del importador, pero éste - el Servicio de Salud de Arica - no le señaló el lugar autorizado donde debía depositarse este material peligroso, la ruta y las condiciones de transporte que debía utilizarse para efectuar su traslado desde los recintos aduaneros hasta el lugar de depósito, sitio F del barrio industrial. En esa oportunidad, frente a el desaduanamiento de los residuos, el Servicio de Salud de Arica pudo haber empleado mayor diligencia y haber exigido el debido cumplimiento del análisis pedido al Instituto de Salud Pública, sin embargo, ni lo hizo ni se opuso al desaduanamiento, no obstante que el Código Sanitario le imponía la obligación de atención, vigilancia, control y protección de la salud humana, como se desprende de los artículos 3 , 67 , 71 , 72 , 78 , 79 y 80 de este cuerpo legal . Por otro lado, cabe consignar que el propio Director del Servicio de Salud de Arica, doctor Eduardo Fritis Castro al dar respuesta a las posiciones quinta, sexta, octava, novena y

undécima del pliego rolante a fojas 932, en la audiencia realizada a fojas 935, reconoce la existencia del acopio de residuos minerales ingresados a partir de 1984, y su carácter tóxico, señalando que el Servicio ha tomado medidas para su traslado a otro lugar y la atención médica de la población. Pero, a fojas 844 deroga la resolución que disponía que, previo al traslado de los residuos, debía efectuarse un estudio de Impacto Ambiental del sector de Quebrada Encantada, aduciendo que existe urgencia en este traslado porque está afectada la salud de la población aledaña; con lo que se demuestra que aún en 1998, se incumple la ley, toda vez que se actuó de hecho y sin respetar las normas de los artículos 8 y siguientes de la Ley No 19. 300, ya vigente, relativo al impacto ambiental de ese traslado a Quebrada Encantada. También, se desconocieron por parte del Servicio de Salud de Arica las normas del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, vigente desde mayo de 1992, que le establece al Estado obligaciones como prohibición de la importación y exportación de residuos peligrosos; obligación de reimportación de éstos, la obligación del establecimiento de instalaciones adecuadas para su eliminación, entre otras; sin embargo, este Organo del Estado - Servicio de Salud de Arica - no varió su posición de inercia y falta de servicio, toda vez que los desechos tóxicos peligrosos continuaron abandonados a campo travieso por otros seis años, hasta que, en definitiva, se produjo el colapso ambiental y sanitario en ese lugar de la ciudad, que lo hizo reaccionar en parte. Finalmente, es necesario considerar que la Excm. , Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 11 de agosto de 1998, al conocer del recurso de apelación que el servicio de Salud de Arica interpuso en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, en el Recurso de Protección que deduce el Alcalde de Arica, Luis Iván Paredes Fierro, por los hechos reseñados, en contra de ese Servicio de Salud - Rol Corte No 5. 904 de 1998, confirma el referido fallo de primera instancia y, además, tiene presente que el Servicio de Salud de Arica, recurrido en autos, como ha quedado establecido en el razonamiento quinto, del fallo que se revisa, ha adoptado medidas tendientes a solucionar el problema ambiental denunciado; éstas no han sido del todo eficientes y oportunas, toda vez que un sector de la población ya ha sufrido daños derivados de los tóxicos que emanan del óxido de cobre, cuyos compuestos químicos de mayor peligro son el arsénico, plomo y cadmio - fundamento primero - y que en este mismo sentido, el Servicio de Salud recurrido, debe resguardar la salud de los individuos que puedan aún verse afectados por los actos u omisiones cuya protección se solicita, referidos tanto al lugar donde estuvieron

depositados los acopios de minerales, como también el lugar donde actualmente se encuentran ubicados, Quebrada Encantada -fundamento segundo -.

Undécimo: Que, por todas las razones dadas precedentemente, procede el rechazo de la alegación que formula el Servicio de Salud de Arica, en cuanto señala que carece de legitimación pasiva para ser demandado, pues como se ha establecido en autos ha habido, desde 1984 a 1997, una absoluta despreocupación e inercia en el cumplimiento de la función de vigilancia sanitaria que le imponía el Código Sanitario , desde la internación de los residuos peligrosos hasta el año 1997, en que se hizo evidente la crisis ambiental y sanitaria de la población, lo que se traduce en una efectiva falta de servicio, y por ello es plenamente responsable del daño causado a las personas en su salud, conforme se lo prescribe el artículo 42 de la ley No 18. 575 ;

Decimosegundo: Que, en cuanto a la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria que ha opuesto el Servicio de Salud de Arica en esta causa, ella debe ser desechada a virtud de la norma especial que se contiene en el artículo 62 de la ley No 19. 300 , que prescribe que la acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño, daño que sólo vino hacerse evidente en el año 1997;

Decimotercero: Que el artículo 2314 del Código Civil establece que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito; a su vez, el artículo 2329 del mismo cuerpo legal señala que por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta; lo que unido a lo preceptuado en el artículo 42 de la Ley No 18. 575 , en cuanto establece que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, son normas que llevan a concluir que el Servicio de Salud de Arica, debido a culpa de su parte, por no haber cumplido con las obligaciones que se establecían en el Código Sanitario - absoluta falta de servicio - ni oportunamente las que le señalaban la Ley No 19. 300 y el Convenio de Basilea, ya aludidos, se ha producido un daño ambiental con consecuencias para la salud de las personas, por lo que resulta plenamente procedente la demanda indemnizatoria por daño moral que se ha deducido en esta litis, daño moral que consiste, en la especie, en el dolor, pesar o molestia que sufre la persona en su salud por haberse introducido en su organismo elementos intoxicantes, provenientes de un acopio de residuos minerales peligrosos, que han perjudicado su

calidad de vida, sin saber o conocer las consecuencias que ello puede irrogarles en el transcurso de su existencia a ella, o sus descendientes; consecuencia nefasta sólo debido a la actitud negligente de la autoridad por haber omitido el cumplimiento de las obligaciones que le imponía la ley;

Decimocuarto: Que de los listados que contienen los Resultados de Exámenes Tomados a Poblaciones Industriales IV y Cerro Chuño, sobre determinación de niveles de plomo en la sangre por el Servicio de Salud de Arica - año 1998, rolante a fojas 641 a 652; Informe Final de Resultado de Exámenes de fojas 653 a 660 del Servicio Municipal de Arica; Informe Relativo al Estudio de Prevalencia de Plomo que afecta a la Población por la presencia de materiales de origen mineral en sectores definidos de la ciudad de Arica, reconocido por el testigo Leonardo Fernando Figueroa Tagle a fojas 746, unido al testimonio de Graciela María Mercedes Lu de Lama de fojas 720 vuelta; Leonardo Fernando Figueroa Tagle de fojas 745, Dora Graciela Méndez Merino de fojas 748 vuelta; María Carolina Asela Araya de fojas 804 vuelta; Norberto Eduardo García Díaz de fojas 808; Nina Lapin Gartz de fojas 1019, prueba que es apreciada conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo a lo establecido en el artículo 62 de la Ley No 19. 300 , se tiene por acreditado en esta causa que los demandantes Celia Rosa Leiva Yevenes, Doluglas Edison Opazo Olivares, Elena Ruth Abello Leal, Mildred Violeta Acuña Araya, Daniel Maximiliano Aguilar Gilberto, Elizabeth de la Cruz Aguilera Pascal, Aarón Levad Aguilera Zepeda, Maina Marina Ahumada Fernández, Javier Alave Blas, Evangelina del Carmen Albornoz Miranda , Mireya de las Mercedes Aliaga Barrera, María Eugenia Ancavil Coñupan, Romina Andrade Rebolledo , Debora Maria Arancibia Garcia, Daniza Edilia ArayaCarmona, Maximiliano Manuel Araya Ferrada, Eric Eduardo Araya Ferrada, Yohel Ardiles Linares, Flor María Arellano Calderón, Monica Elizabeth Arellano Reyes, Pabla Niria Astudillo Vargas, Angelina Natalia Astudillo Diaz, Estefanía Margot Aviles Maldonado, Katherine Ayala Zepeda , Cynthia Paola Azocar Encina , Cristina Cecilia Barraza Contreras, Michelle Paulina Barraza Lillo, Rebeca Irene Bastias Núñez, Evangelina Gloria Basso Maldonado , Pamela Cecilia Becerra Castillo, Elena Elcira Bernal Arias, Patricio Alex Bugueño Muñoz, Jacqueline Luz Burgos Gonzalez, Johana Isabel Bustos Paycha , Melissa Delia Bustos Paycha, Isabel Ines De Las Peñas CabezaDíaz, Julián Franco Cabrera Barraza, Ernestina Raquel Caceres Rivera, Fresia del Carmen Calle Pongo, Maria Cristina Callejas Moreno, Maria Soledad Canales San Martín, Gustavo Caroca Becerra , Juana María Carvajal Rojas, Wilson Alberto Carvajal Avalos, Cryshna Carvajal Montecinos , Alejandro Carvajal Montecinos , Teresa del Carmen Castillo

Alvarado , Raquel Olivia Castillo Segovia , Patricia Uberlinda Castro Cuevas, Margarita Del Carmen Castro Miranda , Jaime Antonio Cautin Roberts , Pamela Nora Celis Cerda , Vicente Choque Cruz , Richard Francisco Colque Yavi , Rosa Karina Corona Peirano , Paola Solange Cortes Arellano , Eva del Rosario Cortes Basay , Omar Ricardo Cortes Estay, Andres Reynaldo Cortes Estay, Abigail Cortez Gutiérrez, Manuel Alejandro Cristi Carvajal , Julia Patricia Cuadra Morales , Rosa Beatriz Diaz Vicencio , Felipe Esteban Diaz Vicencio , Leíla Gloria Diaz Estrada, Jorge Orlando Diaz Olivares, Yesenia del Rosario Díaz Vega, Eduardo Díaz Vicencio, Nancy Marjorie Dorador Rojas, Maria Soledad Echeverria Navarro , Silvia Encina Aravena , Diego Espindola Moris , Andrea Francisca Estay Núñez , Isabel Beatriz Estay Nuñez, Sonia Regina Fajardo Olivares , Alicia Del Carmen Ferrada Alvarez , Franklin Nivaldo Ferreira Jaramillo , Hilda Delia Figueroa Martínez , Esteban Humberto Figueroa Diaz, Jean Paul Flores Dorador , Ana Maria Flores Rivera , Carlos Eduardo Flores Fajardo , Maria Enriqueta Fonseca Becerra , Leonard o Alverto Fuentes Alvarado, Christian Eduardo Gallardo Torres, Elba Natalia Garcia Calle, Margrethe Valeria Garrido Saa , Soledad Consuelo Gaspar Guiñez , Ana Violeta Gilber to Palma , Diana Mónica Valeria González Acuña , Juana Rosa Guerra Jirón , Andrea Tamara Guevara Astudillo , Marlene Cecilia Gutiérrez González , Lucy Guzman , Rosa Elena Hidalgo Díaz , Judith Hortensia Huenul Henríquez , Gabriel Jara Aguilera , Silvia Angelica Jiménez de la Vega , Soledad Jacqueline Kohnenkampf Castro , Kevin Latoja Melo , Armin Latoja Melo , Maria Leiva Tapia , Francisca Leiva Tapia , Gloria Viviana Lillo Rebolledo , Erika Bernarda Linares Yante , Astrid Monica Maldonado Menares , Maria Isabel Maldonado Rivera , Héctor Augusto Madani Tarque , Jocelyn Alejandra Manzanares Calizaya , Sandra Mercedes Martinez Flores , Leonardo Martinez Martinez , Cristina Aurora Martinez Gonzalez , Karian Del Carmen Maya Cerda , Maria Jose Melgar Orellana , Teresa Del Rosario Melo Ibacache , Maria Genoveva Montecinos Cornejo , Alexis Yoan Morales Rivera , Camila Fernanada Josue Moreno Corona , Isabel Elena Morgado Torres , Rosa Ermindia Muñoz Martinez , Gerson Moisés Muñoz Navarro , Madelyn Roxana Muñoz Vega , Aida De Las Mercedes Navarro Mora , Rosa Paulina Navarro Muñoz , María Cristina Olivares Leyton , Elsa Margarita Olivares Olivares , Marcela Claudia Ormeño González , Nedjelka Lexandra Ormeño González , Estefanie Gabriela Ortiz Ormeño , Ambar Ossandon Gaspar , Eulalio Ervasio Oyarzo Sánchez , Adrian Paul Paiva Ponce , Alejandro Osvaldo Paiva Ponce , Doris Del Carmen Palma Duran , Jorge Pastene Romo , Sylvia Isabel Paycha Bustamante , Rosa De Louerdes Pérez Páez , Trinidad Del Carmen Pérez Tapia , Miriam Juliana Pérez Centellas , Maria

Verónica Pizarro Alvarez , Doris Herminia Ríos Páez , Karla Nicole Rodríguez Díaz , Valeria Paulina Rodríguez Ramírez , Judith Magdalena Rojas Avalos , Rossana Soledad Rojas Inda, Brenda Ruth Rojas Aravena , Romina Seyki Rojas Aravena , Enriqueta Del Carmen Romo Rojas , María Magdalena Sáez Rozas , María Salgado Velásquez , Irma Amanda San Martín Torres , Maina Sanhueza Ahumada , Yorka Del Carmen Segovia Aran , Yolanda Valentina Segovia Vicencio , Elia Del Transito Silvia Fernández , Misuko Stephanie Silvia González , Patricia Ximena Solano Garrido , Abel Solano Vergara , Melissa Alejandra Solano Vergara , Cecilia Del Carmen Soto Sanchez, Verónica Transito Soto Sanchez , Esmeralda Alicia Tabali Cayo , Néstor Tapia Estay, Yerelle Ariel Tapia Estay , Inés Del Carmen Tapia Bello , Roxana Esther Varela Tapia , Aida Julia Veas Aviles , Magali Irene Vega Ortiz , Ivonne Isabel Vera Díaz , Fabiola Elizabeth Vergara Álvarez , Elena Amalia Villanueva Araya , Juan Humberto Villanueva Araya, Marta Zepeda Azocar, Erika Patricia Zepeda Lagos , Yubinza Yanet Zepeda Lagos, han sufrido los efectos tóxicos que emanaban de ese acopio de residuos peligrosos, contenedores de plomo, zinc, arsénico, cadmio, mercurio, cobre, que ingresaron a sus organismos por ingestión y respiración, debido a la acción de los vientos y del contacto directo o indirecto con el acopio peligroso, produciéndoles en su salud, entre otros síntomas, caída de cabello, desmayos, vómitos, diarreas, mareos, dolor de cabeza, erupciones en la piel, problemas mentales, en muchos de ellos, como se desprende de los numerosos informes que constan en el proceso, ello sin contar con las posibles consecuencias genéticas que pudierendetectarse en el futuro, situación que afectivamente les ha producido un daño moral, que les debe ser compensado a través de la indemnización que demandan por este concepto;

Decimoquinto: Que la valoración de este daño moral, que no es de índole material, queda entregado a la prudencia de los jueces y sin que ello pueda constituir un enriquecimiento sin causa, y en atención a que a las víctimas no le ha correspondido responsabilidad alguna en los hechos investigados, que se les ha desconocido la garantía constitucional que les asegura el derecho de vivir en un medio libre de contaminación y que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza (artículo 19 No 8 de la Constitución Política de la República de Chile), que la omisión negligente de la demandada Servicio de Salud de Arica ha hecho que se afecte la salud, integridad física y psíquica de las víctimas inocentes, es que esta Corte regula prudencialmente el monto indemnizatorio por daño moral en la cantidad de cinco millones de pesos, para cada uno de ellos;

Decimosexto: Que se aclara que esta indemnización por daño moral sólo favorece a los demandantes que se han individualizado en el fundamento decimocuarto de esta sentencia, toda vez que con respecto a los demás demandantes que figuran en la demanda de autos, no se ha acreditado fehacientemente en esta litis que se haya afectado su salud con el acopio de esos residuos peligrosos; por lo que la demanda debe ser rechazada a su respecto;

Por lo razonado en los fundamentos primero a décimo de esta sentencia y lo previsto en los artículos 768 , 769 y 798 del Código de Procedimiento Civil , se declara que se rechaza el recurso de casación en la forma, deducido por la parte demandante en lo principal del libelo de fojas 1295 y siguientes. Lo argumentado en los fundamentos precedentes y lo dispuesto en los artículos 186 , 187 , 208 , 223 y 227 del Código de Procedimiento Civil y disposiciones constitucionales y legales ya citadas, se revoca la sentencia apelada de seis de agosto de dos mil cuatro, que se lee a fojas 1215 a 1286, en la parte que el acápite resolutivo VI rechaza la acción deducida por los demandantes en lo principal del escrito de fojas 200, con las modificaciones de fojas 323, en contra del Servicio de Salud de Arica, y acápite VII, en cuanto señala que no se emite pronunciamiento sobre la excepción de prescripción opuesta por el Servicio de Salud de Arica en el primer otrosí del escrito de fojas 352, y en su lugar se declara que se acoge la demanda civil de indemnización de daño moral interpuesta por los demandantes: Celia Rosa Leiva Yevenes, Douglas Edison Opazo Olivares, Elena Ruth Abello Leal, Mildred Violeta Acuña Araya, Daniel Maximiliano Aguilar Gilberto, Elizabeth de la Cruz Aguilera Pascal, Aarón Levad Aguilera Zepeda, Maina Marina Ahumada Fernández, Javier Alave Blas, Evangelina del Carmen Albornoz Miranda , Mireya de las Mercedes Aliaga Barrera, María Eugenia Ancavil Coñupan, Romina Andrade Rebolledo , Debora María Arancibia García, Daniza Edilia Araya Carmona, Maximiliano Manuel Araya Ferrada, Eric Eduardo Araya Ferrada, Yohel Ardiles Linares, Flor María Arellano Calderón, Mónica Elizabeth Arellano Reyes, Pabla Niria Astudillo Vargas, Angelina Natalia Astudillo Diaz, Estefanía Margot Aviles Maldonado, Katherine Ayala Zepeda , Cynthia Paola Azocar Encina , Cristina Cecilia Barraza Contreras, Michelle Paulina Barraza Lillo, Rebeca Irene Bastias Núñez, Evangelina Gloria Basso Maldonado , Pamela Cecilia Becerra Castillo, Elena Elcira Bernal Arias, Patricio Alex Bugueño Muñoz, Jacqueline Luz Burgos González, Johana Isabel Bustos Paycha , Melissa Delia Bustos Paycha, Isabel Ines De Las Peñas Cabeza Díaz, Julián Franco Cabrera Barraza, Ernestina Raquel Caceres Rivera, Fresia del Carmen Calle Pongo, Maria Cristina Callejas Moreno, Maria Soledad Canales San

Martín, Gustavo Caroca Becerra , Juana María Carvajal Rojas, Wilson Alberto Carvajal Avalos, Cryshna Carvajal Montecinos , Alejandro Carvajal Montecinos, Teresa del Carmen Castillo Alvarado , Raquel Olivia Castillo Segovia , Patricia Uberlinda Castro Cuevas, Margarita Del Carmen Castro Miranda, Jaime Antonio Cautín Roberts , Pamela Nora Celis Cerda, Vicente Choque Cruz , Richard Francisco Colque Yavi , Rosa Karina Corona Peirano , Paola Solange Cortes Arellano , Eva del Rosario Cortes Basay, Omar Ricardo Cortes Estay, Andres Reynaldo Cortes Estay, Abigail Cortez Gutiérrez, Manuel Alejandro Cristi Carvajal , Julia Patricia Cuadra Morales , Rosa Beatriz Diaz Vicencio , Felipe Esteban Díaz Vicencio , Leíla Gloria Diaz Estrada, Jorge Orlando Díaz Olivares, Yesenia del Rosario Díaz Vega, Eduardo Díaz Vicencio, Nancy Marjorie Dorador Rojas, Maria Soledad Echeverría Navarro , Silvia Encina Aravena , Diego Espindola Moris , Andrea Francisca Estay Núñez , Isabel Beatriz Estay Nuñez, Sonia Regina Fajardo Olivares , Alicia Del Carmen Ferrada Alvarez, Franklin Nivaldo Ferreira Jaramillo , Hilda Delia Figueroa Martínez, Esteban Humberto Figueroa Díaz , Jean Paul Flores Dorador , Ana Maria Flores Rivera , Carlos Eduardo Flores Fajardo , Maria Enriqueta Fonseca Becerra , Leonardo Alberto Fuentes Alvarado , Christian Eduardo Gallardo Torres, Elba Natalia García Calle, Margrethe Valeria Garrido Saa , Soledad Consuelo Gaspar Guíñez, Ana Violeta Gilberto Palma, Diana Mónica Valeria González Acuña, Juana Rosa Guerra Jirón, Andrea Tamara Guevara Astudillo, Marlene Cecilia Gu tierrez González, Lucy Guzmán, Rosa Elena Hidalgo Díaz , Judith Hortensia Huenul Henríquez , Gabriel Jara Aguilera , Silvia Angélica Jiménez de la Vega, Soledad Jacqueline Kohnenkampf Castro , Kevin Latoja Melo , Armin Latoja Melo , Maria Leiva Tapia , Francisca Leiva Tapia , Gloria Viviana Lillo Rebolledo, Erika Bernarda Linares Yante, Astrid Mónica Maldonado Menares, Maria Isabel Maldonado Rivera , Héctor Augusto Madani Tarque, Jocelyn Alejandra Manzanares Calizaya, Sandra Mercedes Martínez Flores , Leonardo Martínez Martínez, Cristina Aurora Martínez González , Karian Del Carmen Maya Cerda , María José Melgar Orellana, Teresa Del Rosario Melo Ibacache , María Genoveva Montecinos Cornejo, Alexis Yoan Morales Rivera, Camila Fernanda Josue Moreno Corona , Isabel Elena Morgado Torres, Rosa Erminda Muñoz Martinez, Gerson Moisés Muñoz Navarro, Madelyn Roxana Muñoz Vega, Aida De Las Mercedes Navarro Mora , Rosa Paulina Navarro Muñoz, María Cristina Olivares Leyton , Elsa Margarita Olivares Olivares, Marcela Claudia Ormeño González, Nedjelka Lexandra Ormeño González, Estefanie Gabriela Ortiz Ormeño , Ambar Ossandon Gaspar , Eulalio Ervasio Oyarzo Sánchez, Adrian Paul Paiva Ponce, Alejandro Osvaldo Paiva Ponce, Doris Del Carmen Palma Duran, Jorge Pastene

Romo, Sylvia Isabel Paycha Bustamante , Rosa De Louerdes Pérez Páez , Trinidad Del Carmen Pérez Tapia, Miriam Juliana Pérez Centellas, Maria Verónica Pizarro Alvarez, Doris Herminia Ríos Páez , Karla Nicole Rodríguez Díaz, Valeria Paulina Rodríguez Ramírez, Judith Magdalena Rojas Avalos , Rossana Soledad Rojas Inda, Brenda Ruth Rojas Aravena , Romina Seyki Rojas Aravena, Enriqueta Del Carmen Romo Rojas, María Magdalena Sáez Rozas, María Salgado Velásquez, Irma Amanda San Martín Torres, Maina Sanhueza Ahumada, Yorka Del Carmen Segovia Aran , Yolanda Valentina Segovia Vicencio, Elia Del Transito Silvia Fernández , Misuko Stephanie Silvia González , Patricia Ximena Solano Garrido, AbelSolano Vergara, Melissa Alejandra Solano Vergara , Cecilia Del Carmen Soto Sánchez, Verónica Transito Soto Sanchez , Esmeralda Alicia Tabali Cayo , Néstor Tapia Estay, Yerelle Ariel Tapia Estay , Inés Del Carmen Tapia Bello, Roxana Esther Varela Tapia , Aida Julia Veas Aviles, Magali Irene Vega Ortiz , Ivonne Isabel Vera Díaz , Fabiola Elizabeth Vergara Álvarez , Elena Amalia Villanueva Araya , Juan Humberto Villanueva Araya, Marta Zepeda Azocar, Erika Patricia Zepeda Lagos, Yubinza Yanet Zepeda Lagos, en contra del Servicio de Salud de Arica, en lo principal del libelo de fojas 200 a 318, declarándose que la demandada Servicio de Salud de Arica, deberá pagar a cada uno de los demandantes ya indicados, la cantidad de ocho millones de pesos (\$8. 000. 000), a título de indemnización del daño moral por ellos sufrido, sumas que deberán ser reajustadas de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, entre la fecha de notificación de la demanda y el día anterior al de su entero pago; rechazándose la demanda respecto de los demandantes no incluidos en la parte resolutive de esta sentencia, tal como se consignó en el considerando decimosexto.

No se condena a la demandada Servicio de Salud de Arica al pago de las costas de la causa, por no haber sido totalmente vencida en el juicio, conforme lo autoriza el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil .

Se confirma, en lo demás, la sentencia de primera instancia aludida, con costas en esta instancia, las que deberán satisfacer los demandados Sociedad Promel Ltda. y Cía. C. P. A. , David Fux Glickman y Blas Martino Muñoz. Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Señor Jorge Cañón Moya. Rol No 464-2004 Civil

“AGRÍCOLA LAS CAÑAS CON SEREMI SALUD”

Partes: Sociedad Agrícola Las Cañas Ltda. c/ Secretaría Ministerial de Salud de la Región del Maule y otra | Recurso de protección

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca

Fecha: 30-sep-2008

VISTO:

Comparece a fs. 27, el abogado, don Héctor Navarrete Tapia, en representación de la Sociedad Agrícola Las Cañas Limitada, ambos domiciliados en Santiago, Avenida Kennedy 5735, oficina 410 y deduce recurso de protección en contra de la Secretaría Ministerial de Salud de la Región del Maule y de la señora Secretaria Ministerial de Salud, doña Sofía Ruz Arellano, ambas domiciliadas en Talca, 1 Oriente 977, y en contra de quienes resulten responsables de la violación de las garantías constitucionales contempladas en el Artículo 19 N° 2, 22, 21 y 24 de la Constitución Política del Estado, toda vez que estima conculcadas las garantías de igualdad ante la ley, de no discriminación, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el derecho de propiedad.

Solicita en definitiva, se acoja el presente recurso y se resuelva dejar sin efecto la resolución 966 de 2 de abril de 2008, dictada por la señora Sofía Ruz Arellano, Secretaria Ministerial de Salud, cuya copia rola a fs. 1 y 2.

A fs. 41, doña Sofía Ruz Arellano, Secretaria Ministerial de Salud de la Séptima Región, informa el presente recurso y solicita su total rechazo, con costas.

A fs. 62, se trajeron los autos en relación y a fs. 74, luego de proceder a vista de la causa, quedó ésta en acuerdo.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurrente sostiene que con fecha 2 de abril de 2008, la señora Secretaria Ministerial de Salud dictó la resolución N° 966, por medio de la cual inmovilizó un a copio de aserrín -pila- de propiedad de su representada, consignando en su

considerando primero, en lo medular, lo siguiente: Que previo al movimiento, traslado o incineración del acopio de aserrín perteneciente a Agrícola Las Cañas, se exige su caracterización a través de la determinación de los 17 congéneres de dioxina y furano, cuyos resultados deben expresarse en TEQ y realizarse los análisis en un laboratorio acreditado para ello.

Que el muestreo debe ser representativo en el sentido vertical (profundidad), como horizontal, largo y ancho, las muestras deben dar cuenta de un nivel de confianza, potencia, coeficiente de variación y una deferencia relativa mínima detectable adecuada para una significación estadística y el solicitante debe presentar un plan de muestreo detallado a objeto de evaluar su representatividad. Refiere el recurrente que las dioxinas y furanos son sustancias contaminantes, productos no deseados de una diversidad de productos industriales, sin que exista en Chile alguna norma que determine cuales de ellos son peligrosos ni aquellas que permitan establecer el nivel de dioxinas aceptables en el aserrín.

Que se le exige un examen preventivo al aserrín para determinar la existencia de dichas sustancias, contradiciendo abiertamente una resolución anterior de esa misma Secretaría que indicaba que la "pila" estaba libre de toda prohibición y de partículas contaminantes, conforme al D. S. 148 , sobre sustancias peligrosas, aún cuando el señalado examen no se realiza en el país.

Manifiesta que la sociedad que representa es dueña de una "pila" de aproximadamente 11 hectáreas, con 800. 000 metros cúbicos de aserrín; que el 16 de abril de 2007, se hizo una nueva presentación a la Secretaría Ministerial de Salud de la Región del Maule, solicitando se alzara la supuesta prohibición de movilización e incineración que afectaba el acopio de aserrín. Se adjuntó el "Informe Análisis Químico SQC-15533, de 27 de marzo de 2007, elaborado por Cesmec, cumpliendo el protocolo establecido en el D:S:148 , -Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos-, el cual estableció conforme a la normativa vigente, que no constituía un residuo peligroso. Mediante ordinario 1613 de 30 de agosto de 2007, esta Secretaría Ministerial refiere que luego del análisis realizado por los departamentos jurídico y de acción sanitaria, no se determinó la existencia de una resolución que prohíba trasladar, movilizar e incinerar el acopio de aserrín, y los antecedentes del laboratorio Cesmec, precisan que no existen residuos peligrosos, razones por las cuales la superficie muestreada no tiene impedimento de uso para esa Seremi de Salud.

Añade, que a raíz de ello se realizaron una serie de exámenes al aserrín, levantamiento topográfico, búsqueda de compradores, análisis del potencial de bonos de carbono asociados al acopio, se contrató una asesoría comercial y se realizó una licitación privada del mismo.

Habiendo una empresa interesada, la recurrida con una demora de siete meses, le notificó la resolución en cuestión, la cual vulnera el principio de la buena fe y contradice abiertamente la anterior, estimándola arbitraria, discriminatoria y que infringe el artículo 8 de la ley 19. 880, no pudiendo la Secretaria de Salud decidir dos veces una misma situación, por estar ya resuelta. Asimismo, la encuentra arbitraria, porque no existe causa legítima que la motive ni antecedentes nuevos, a no ser, una fotocopia sin valor alguno acompañada por la empresa Energía Verde S. A. , que indica que el aserrín de acopió en canchas de la empresa, en cuyo proceso de lavado y tratamiento de la madera se utilizó pentaclorofenol, siendo de público conocimiento en la zona que el aserrín es producto de los troncos de la Forestal Copihue.

Refiere que no obra prueba que se haya utilizado pentaclorofenol, que no existe en Chile norma para determinar los niveles de dioxinas y furanos en el aserrín, por lo que tal exigencia es caprichosa. Es discriminatoria, porque no hay otra empresa en Chile a la que se le haya exigido lo mismo, ni laboratorio chileno habilitado para realizar tales análisis.

En definitiva, estima conculcadas las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, de no discriminación, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el de propiedad, previstas en el artículo 19 N° 2, 22, 21 y 24 de la Carta Fundamental, respectivamente.

Segundo: Que la recurrida, evacuando su informe expresa que dicho acopio de madera y posterior aserrín, fue lavado y tratado con el compuesto pentaclorofenol, el cual presenta dioxinas y es utilizado en la industria de la madera para su mejor conservación, como alguicida, fungicida e insecticida. Ha sido objeto de control de parte de 8 países de la Unión Europea, contiene varias dioxinas, que son compuestos clorados, incoloros e inodoros, extremadamente estables en la naturaleza, especialmente aquellos que contienen 4 ó más átomos de cloro, que permanecen por cientos de años. Producen efectos cancerígenos y son muy tóxicos para los organismos acuáticos, eliminándose del cuerpo humano entre 7 a 11 años. Añade, que del Acta de Inspección y exigencias de 10 de agosto de 2000, suscrita por la entonces Autoridad Sanitaria del Servicio de Salud del Maule, consta que se prohibió el traslado, movilización e incineración del acopio de

aserrín objeto de este recurso. Posteriormente, la resolución Exenta 990 de 11 de diciembre de 2001, reitera tal decisión. En cuanto "a la falta de orden de autoridad" que prohibiera el movimiento del acopio, sólo se refiere a una descoordinación en la información que posee la autoridad sanitaria, pero no afecta la decisión de exigir exámenes preventivos de dioxinas y furanos. Concluye señalando, que la resolución exenta N° 966 de 2 de abril de 2008, consigna que, previo al movimiento, traslado o incineración del acopio de aserrín perteneciente a Agrícola Las Cañas, se exige su caracterización a través de la determinación de los 17 congéneres de dioxina y furano, cuyos resultados deben expresarse en TEQ y los análisis realizarse en un laboratorio acreditado para ello. El muestreo debe ser representativo en el sentido vertical (profundidad), como horizontal, largo y ancho, las muestras deben dar cuenta de un nivel de confianza, potencia, coeficiente de variación y una deferencia relativa mínima detectable adecuada para una significación estadística, y el solicitante debe presentar un plan de muestreo detallado a objeto de evaluar su representatividad.

Precisa que, de conformidad con el principio precautorio, se pueden advertir graves e irreversibles daños a la salud, seguridad y bienestar de los habitantes, propios del derecho Sanitario y ambiental, establecido en el artículo 67 de dicho código y corresponde a la autoridad sanitaria velar por ellos, lo que justifica la resolución antes mencionada, en relación a los artículos 3 , 5 y 9 del señalado código.

Se da aplicación al principio de la supremacía del interés público en la protección de la salud pública y rige, además, la norma del artículo 178 del Código Sanitario.

Finaliza expresando, que las medidas adoptadas no son arbitrarias ni ilegales, toda vez que se solicitó análisis referido a 17 congéneres tóxicos de dioxinas y furanos y no a su amplio espectro. Por su parte, el Decreto 148 , publicado en el Diario Oficial de 16 de junio de 2004, Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos, incluye a los Fenoles y Clorofenoles y tales compuestos se incluyen en el Convenio Internacional de Basilea, sobre control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su Eliminación, aprobado por D:S:685 de 1992. Por último, la resolución Exenta 2226 de 1999 del SAG, supone la suspensión de la importación, fabricación, venta, distribución y aplicación de pentaclorofenol en Chile.

Tercero: Que no existe controversia entre las partes respecto de los hechos siguientes:

a) que con fecha 30 de agosto de 2007, la recurrida Secretaria Ministerial de Salud de la Región del Maule, señora Sofía Ruz Arellano, suscribió el ordinario N°1613, remitido a

don Héctor Navarrete Tapia, por Agrícola Las Cañas Ltda. , en respuesta a su solicitud de alzar la prohibición de traslado, movilización e incineración de acopio de aserrín Las Cañas. Se le expresa que, luego de un análisis realizado por el Departamento Jurídico como de acción Sanitaria, ambos señalan que no se logró determinar la existencia de una resolución que prohíba trasladar, movilizar e incinerar el referido acopio de aserrín.

Menciona, asimismo, que el laboratorio Cesmec ha establecido que efectuada la medición en sus seis puntos, no existen residuos peligrosos.

Concluye dicha autoridad, precisando que "la superficie muestreada no tendría impedimento para esta Seremi de Salud".

b) Que el 2 de abril de 2008, la misma recurrida, suscribió la resolución exenta N° 966, relativa al ya detallado acopio de aserrín, modificando tácitamente el tenor de la autorización antedicha, en cuanto dispone que previo al movimiento, traslado o incineración del acopio de aserrín perteneciente a Agrícola Las Cañas, se exige su caracterización a través de la determinación de los 17 congéneres de dioxina y furano, cuyos resultados deben expresarse en TEQ, los análisis realizarse en un laboratorio acreditado para ello, sobre una muestra que debe llevarse a efecto en la forma que allí se indica, debiendo el solicitante presentar un detallado plan de muestreo o a objeto de evaluar su representatividad. c) Que en las conclusiones del informe de fecha 27 de marzo de 2007 efectuado por Cesmec, ha que hizo referencia en la letra a) precedente, cuya copia obra a fs. 11 y siguientes de estos antecedentes, se precisa que: de acuerdo con los resultados obtenidos para las muestras analizadas, en los parámetros de toxicidad extrínseca, corrosividad, inflamabilidad y reactividad, teniendo presente los valores máximos permisibles señalados en el D. S. 148 y aplicando metodologías indicadas en la resolución 292, más otras no señaladas en dicha resolución, se concluye que a los residuos identificados en el punto 4 del presente informe, esto es, las muestras clasificadas del M-1 al M-19 detalladas a fs. 16- les corresponde la clasificación de residuos no peligrosos.

Cuarto: Que el Servicio Agrícola y Ganadero, informando a solicitud de esta Corte, expresa que en el ámbito de protección de la salud animal, no existe normativa legal en cuanto a las dioxinas y su manejo, ya que este contaminante no tiene efecto comprobado en el corto plazo para la salud animal. Señala además, que ese Servicio no cuenta con recursos para la habilitación de laboratorios destinados a hacer exámenes para determinar la presencia de dioxinas y que la Universidad Mayor realiza una prueba para

determinar la presencia de dioxinas en diversos productos y consiste en un bío ensayo, correspondiente a una prueba semicuantitativa que ofrece al mercado.

Quinto: Que el recurso de protección reglado en el artículo 20 de la Carta Fundamental y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema , requiere para ser acogido que se reúnan los siguientes requisitos: debe encontrarse acreditada la existencia de un acto u omisión arbitraria o ilegal, que ella origine privación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho; derecho que, a su vez, debe estar comprendido entre aquellos taxativamente mencionados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile.

Sexto: Que así las cosas, existiendo el oficio relacionado en la letra a) del motivo tercero, que disponía alzar la prohibición recaída sobre el acopio de aserrín del recurrente, permitiéndole en consecuencia disponer del mismo sin limitaciones y no habiendo variado las circunstancias que se tuvieron en vista al emitirlo, la resolución cuya copia obra a fs. 1 y siguientes, relacionada en la letra b) del considerando antedicho, resulta arbitraria, desde el momento que limita la actividad económica del recurrente ,en forma discrecional y sin justificación alguna, imponiéndole obligaciones prácticamente imposibles de cumplir, desde el momento que la recurrida no ha demostrado que exista alguna normativa que establezca el máximo de dioxinas permitidas en el aserrín, y, en su caso, que se haya excedido tal máximo, como tampoco que existan en el país laboratorios especializados que estén en condiciones de realizar lo pedido por la Secretaría Regional de Salud, teniendo presente como un antecedente adicional, las publicaciones de prensa aludidas y acompañadas por la recurrente.

Séptimo: Que así las cosas, esta Corte estima que la actitud arbitraria de la recurrida, concretada en la dictación de la resolución N° 966 de 2 de abril de 2008, conculca la garantía constitucional prevista en el artículo 19 No 21 de nuestra Carta Fundamental, esto es, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas que la regulen, razón por la cual corresponde acoger el presente recurso de protección.

Es por ello, que habiéndose acogido la acción cautelar antedicha, resulta inoficioso analizar las otras garantías constitucionales que el recurrente estima vulneradas.

Por estas consideraciones y de acuerdo con lo previsto en los artículos 19 N° 21 y 20 de la Constitución Política de la República de Chile y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección , se acoge, con costas, el recurso de protección deducido a fs. 27, por don Héctor Navarrete Tapia, en

representación de la Sociedad Agrícola Las Cañas Limitada, en contra de la Secretaría Ministerial de Salud de la Región del Maule y de la señora Secretaria Ministerial de Salud, doña Sofía Ruz Arellano, y se declara que se deja sin efecto la resolución 966 de 2 de abril de 2008, suscrita por la señora Secretaria Ministerial de Salud del Maule, doña Sofía Ruz Arellano.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol 528-2008

Redacción de la Ministro Olga Morales Medina.

“MARIANO PUELMAN ÑANCO CON COREMA IX”

Partes: Puelman Ñanco, Mariano y otros c/ Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía | Recurso de protección

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco

Fecha: 21-ene-2010

VISTOS:

A fojas 57 comparecen don Mariano Puelman Ñanco, agricultor, Longko Lof Mapu Palguín Bajo, domiciliado en Comunidad Indígena Palguín Bajo, sector Palguín Bajo, comuna de Pucón, y don Manuel del Carmen Rivera Huilipán, agricultor, Presidente de la comunidad indígena Antonio Huenuñanco, personalidad jurídica 978, domiciliado en la comunidad mapuche, sector Llafenco, comuna de Pucón, quienes interponen recurso de protección en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía, representada por su Presidenta doña Nora Barrientos Cárdenas, con motivo de la resolución exenta No 242 del 9 de Octubre de 2009, que calificó favorablemente la declaración de impacto ambiental del proyecto "Piscicultura Palguín", cuyo titular es la Sociedad Agrícola Terratur Limitada, sin cumplir con la normativa legal y reglamentaria al efecto, como también por falta de fiscalización; actos y omisiones que conculcan las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución Política de la República, del derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la protección de la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al ejercicio de una libre actividad económica.

Acotan que con fecha 18 de noviembre de 2007 se ingresó al sistema de evaluación de impacto ambiental de la IX región de La Araucanía, el proyecto denominado "Piscicultura Palguín" de la sociedad Agrícola Terratur Limitada. El proyecto pretende construir una piscicultura con una producción de 80 toneladas de salmónidos por año, que se ubicaría en el sector Palguín de la comuna de Pucón, ochocientos metros aguas arriba por el río Palguín de las comunidades mapuches de Palguín Bajo, en la que habitan cerca de 200 familias y de la comunidad Antonio Huenuñanco en la que habitan cerca de 110 familias, a las cuales representan y que se ven directamente amenazadas por el proyecto. Posteriormente, el día 7 de diciembre de 2007 la Comisión Nacional del Medio Ambiente, región de la Araucanía (CONAMA) dictó el oficio ordinario No 261, mediante el cual

solicitó el pronunciamiento de los diversos organismos del Estado involucrados respecto del proyecto, cuyas observaciones que indica se comprendieron en el Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones a la DIA", elaborada por CONAMA con fecha 28 de enero de 2008, en el cual los principales focos de preocupación de los órganos públicos son los referidos a la eliminación de sustancias contaminantes en el cauce del Río Palguín y el manejo de éstos, la eliminación de residuos sólidos a causa de la mortandad de alevines, así como también la utilización de medicamentos para el tratamiento de la mortandad de los peces, la preocupación por el hecho de que el proyecto se emplaza en una ZOIT y asentamientos indígenas en el territorio. Aducen que tras el informe de CONAMA, la empresa proponente entregó el documento "Adenda No1", en el cual respondió parcialmente a las preocupaciones manifestadas por los organismos públicos, lo que derivó en que se presentaran nuevas observaciones al proyecto por parte de los organismos públicos las que quedaron comprendidas en el Informe de la CONAMA de fecha 17 de junio de 2009 que detalla observaciones a las que la empresa debía contestar, pero antes que ello ocurriera las organizaciones y comunidades mapuches amenazadas por el Proyecto, ingresaron una serie de documentos mediante los cuales manifestaban su oposición al proyecto, entre los cuales se cuenta carta de la Junta de Vecinos de

Llafenco, carta de doña Raquel Riquelme Martínez, carta de doñ

observaciones basada en que en el área de influencia directa de la piscicultura es una zona de interés turístico, que no existen antecedentes que permitan afirmar que no se afectará el ecosistema fluvial y la fauna íctica, quedando de manifiesto que las comunidades son vulnerables en términos de opinión frente a la falta de oferta laboral en el sector o frente a la oferta de bienes escasos y vitales para ellos como es el agua, y que es necesario que las comunidades emitan sus opiniones con cabal conocimiento de la situación, por lo que se estima necesario un proceso de participación ciudadana normada y regulado a través de un EIA más ahora con la reciente entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Agregan que las organizaciones mapuches y no mapuches del territorio afectado, continuaron ingresando una serie de misivas a través de las cuales manifiestan su oposición al proyecto, citando la carta suscrita por don Manuel Rivera Huilipan, carta de María Angélica Muñoz, presidenta del Comité de Defensa de las Aguas, carta de Carmen Gloria Muñoz, presidenta del Consejo Ecológico de Pucón.

Afirman que con fecha 23 de septiembre de 2009, la COREMA calificó favorablemente el proyecto, otorgando su resolución de calificación ambiental, Resolución Exenta No 242 de fecha 9 de octubre de 2009, la que autoriza al funcionamiento de la Piscicultura Palguín, que fue notificada a las partes el día 13 de octubre de 2009. Argumentan que la resolución genera una seria amenaza a sus derechos, dado que el funcionamiento de una piscicultura trae aparejado el uso de sustancias nocivas para el medio ambiente, como los antibióticos y el cloro, que contaminan las aguas y pueden llegar a afectar la salud de las personas que habitualmente usan el Río Palguín. Añaden que la resolución de calificación ambiental que emana de la COREMA IX Región, goza de presunción de legalidad, sin embargo ello no obsta que pueda ser recurrida por ilegal y arbitraria, por cuanto se ha vulnerado la igualdad ante la ley establecida en el artículo 19 No2 de la Constitución Política, porque es menester que el Estado adopte medidas especiales para evitar las vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas, que en este caso se traduce en el deber de consulta, conforme con el Convenio 169 de la OIT y las normas de la Ley 19.253, ya que los órganos del Estado, tiene la obligación legal y constitucional, de realizar las medidas necesarias para evitar la violación de los derechos consagrados tanto a nivel nacional como internacional a favor de los pueblos indígenas de consultarlos cuando se pueda ver afectado su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por lo que la omisión de este deber por parte de la COREMA, implica un acto ilegal y arbitrario.

Blasonan además que se encuentran afectadas las siguientes garantías: 1. - El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, por cuanto la instalación de la mencionada piscicultura implica la utilización de antibióticos y sustancias en base a cloro, que contaminan el río, alteran el ecosistema y afectan directamente a la salud tanto física como síquica de las personas que se hallan en el área de influencia del proyecto; 2. - La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, ya que la instalación de la piscicultura afectará por la contaminación del río, la cancha de guillatún que se encuentra a menos de cien metros del referido río, impidiéndose el libre ejercicio del culto mapuche; 3. - El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, ya que a las comunidades recurrentes se les impide desarrollar las actividades propias del turismo, siendo que esta es una zona de interés turístico, por resolución exenta 547 de Sernatur; y, 4. - El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, ya que la contaminación y los olores que provoca esta piscicultura, afecta la propiedad que se tiene sobre la tierra. Por lo que piden finalmente que se reestablezca el imperio del derecho decretándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta No242, del día 9 de octubre de 2009, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto "Piscicultura Palguín". Acompañó documentos a fs. 1 a 56

A fojas 92 y siguientes, el abogado de la CONAMA, Eduardo Rodríguez Sepúlveda, por la Intendenta y presidenta de la Comisión Regional del Medio Ambiente, doña Nora Barrientos Cárdenas, informa solicitando que el recurso de protección sea desechado por carecer de fundamento. Asevera que el recurso de protección es inadmisibles porque lo que pretenden los recurrentes no puede ser resuelto en sede proteccional, ya que ello implica consideraciones técnicas que no competen en su resolución a la Ilustrísima Corte de Apelaciones, teniendo en especial consideración que se dirimirá sobre antecedentes técnicos y legales que gobiernan el sistema de impacto ambiental, cuyas materias por ley han sido radicadas directamente, en forma exclusiva y excluyente en los órganos de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, siendo un procedimiento administrativamente normado, que fue concebido como un instrumento de gestión ambiental preventivo, cuya finalidad es anticiparse a los efectos ambientales adversos que puede generar una determinada actividad, prevenirlos, o bien mitigarlos, repararlos o compensarlos, en el caso que fuera procedente. Cimentan que los recurrentes fundan su recurso en las distintas observaciones que plantearon en su oportunidad los órganos encargados de la

evaluación, lo que es un error, pues la contradicción discusión acerca de los aspectos técnicos-medioambientales son precisamente la base de todo el sistema de evaluación, cuya base es el principio de contradictoriedad consagrado en el artículo 10 de la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, en virtud del cual, los servicios plantean dentro de la esfera de sus competencias, las observaciones y aclaraciones que pueden generar el proyecto. Decanta que los fundamentos del recurso son imprecisos y muestran sólo una parte de la evaluación, prueba de ello es que, salvo la Municipalidad de Pucón, los mismos organismos en cuyos informes preliminares se basa el recurso (Subdirección Nacional Sur de CONADI, Servicio Nacional de Turismo, Superintendencia de Servicios Sanitarios, Seremi de Salud), finalmente lo informan positivamente y terminan otorgando los correspondientes permisos ambientales, en conformidad con los artículos 74,90,91, 93, 94, 96 y 102 del Decreto Supremo No95-2001 que fija el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y atendido ello la Comisión Regional del Medio Ambiente califica favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto, ajustándose al principio de la legalidad en la forma y en el fondo.

Destaca que en cuanto a las supuestas garantías constitucionales infringidas, la igualdad ante la ley y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ello no es posible pues no puede existir vulneración al principio de igualdad ante la ley, ni menos discriminación cuando se aplican las normas de un procedimiento reglado como es el SEIA y cuya finalidad es de carácter pública. No hay violación a esta garantía constitucional, cuando en definitiva lo aplicado es un instrumento legal que establece un régimen especial de evaluación, mucho más exigente respecto de ciertos y determinados proyectos, con el fin precisamente de resguardar un interés público, como es el caso de la protección al medio ambiente. No existe violación al Convenio 169 de la OIT, lo alegado por los recurrentes obedece a una interpretación equivocada, en cuya virtud pretenden otorgarle un efecto erróneo sobre nuestra legislación interna e instituciones, la cual no está de acuerdo con los principios del mencionado convenio internacional. Esgrime que la puesta en ejecución del Convenio por el Decreto Supremo

No124 del año 2009 del Ministerio de Planificación y Cooperación, que establece dos puntos sustanciales respecto a la aplicación del Convenio 169: El derecho a consulta de los pueblos indígenas ya se encuentra recogido en nuestra legislación interna, es especial por el artículo 34 de la Ley No 19.253, y el segundo, fija el verdadero sentido y alcance que se debe dar a los derechos de consulta y participación. Espeta que al respecto, el

artículo 14 del reglamento, establece que las medidas que se deben consultar son las legislativas y administrativas que pudieren afectar a los pueblos indígenas, no siendo la resolución de calificación ambiental una medida administrativa de las que se refiere el Decreto Supremo No124 del año 2009, porque debe entenderse que son las políticas, planes y programas, es decir, instrumentos que tiene por finalidad un efecto permanente, y con alcance general sobre la población o un sector de la población, lo que no se condice con la naturaleza de una resolución de calificación ambiental, que se aplica de acuerdo con el artículo 5 del Decreto Supremo, siendo la participación ciudadana obligatoria para los casos de estudios de impacto ambiental y no para las declaraciones de impacto ambiental.

Por otro lado expresa que no hay disonancia alguna entre el Convenio 169 de la OIT y las normas que gobiernan el procedimiento de evaluación; ello básicamente porque operan bajo el mismo principio, esto es, que en el evento de existir afectación se debe hacer un análisis extenso acerca del efecto ambiental negativo, con el fin de tratarlo adecuadamente sea mediante una declaración o estudio de impacto ambiental y a la vez otorgar en plenitud el proceso de participación. Expone que en este caso, todos los informes técnicos de los servicios competentes, con excepción de la Municipalidad de Pucón, expresaron que el proyecto no genera los efectos del artículo 11 de la Ley 19.300, lo que se plasmó en el Informe Consolidado de Evaluación, lo que reprodujo la correspondiente calificación. Además, se llevó a cabo un proceso de socialización del proyecto a las Comunidades Indígenas del sector, donde se dio cuenta del proyecto, de sus principales efectos y de cómo estos iban a ser neutralizados, lo que fue plasmado por medio de actas, y de fotografías que se acompañan. Por ello Manifiesta que no hay vulneración al resto de las garantías constitucionales, porque no se han producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan precaver, desde que se trata de la valoración técnica que hizo una autoridad, esto es, un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que haya producido un menoscabo en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, y menos aún, que haya originado una contaminación en el medio ambiente. En el mismo sentido expone que no existe ilegalidad porque se han aplicado correctamente todas las normas ambientales respectivas, ni existe arbitrariedad en atención a los fundamentos de la resolución, su razonamiento lógico, la apreciación de los antecedentes, por lo que este acto administrativo final es plenamente fundado, y coherente, además de ajustado a derecho.

Puntualiza, luego de explicar el proceso de Evaluación de impacto ambiental que la resolución de calificación ambiental No242/2009 corresponde a la construcción y operación de una piscicultura para una producción máxima de 80 toneladas (2.000.000 de peces de 40 gramos cada uno) de salmónidos por año, se trata más bien de una producción limitada, comparada con otros de la Región cuya producción alcanzan las 800 ó 900 toneladas por año, siendo los principales efectos ambientales evaluados las emisiones atmosféricas, las que están relacionadas principalmente con la etapa de construcción; residuos sólidos, representados por escombros, despuntes, restos metálicos y de madera, también relacionados con las obras civiles de la fase de construcción, lodos y mortalidad, derivados de la etapa de operación del proyecto, los que serán llevados a un vertedero industrial autorizado por la SEREMI de Salud; en cuanto a los residuos sólidos domésticos serán llevados a un vertedero municipal autorizado por la SEREMI de Salud. Asimismo afirma que el sistema de tratamiento de residuos líquidos, que corresponde al agua utilizada en el proceso productivo será tratada mediante sistema de filtros rotatorios para luego ser descargados al río Palguín y con monitoreos permanentes del cuerpo receptor de las aguas. Terminado solicitando que el recurso de protección sea rechazado por carecer de total y absoluto fundamento, con costas. Acompañó documentos de fs. 80 a 91.

A fs. 183 se tuvo como tercero interesado a la Empresa Agrícola Terrasur Limitada. Acompañó

documentos a fs. 129 a 176 y fs. 179.

Se trajeron los autos en relación a fs. 127 y se decretaron medidas para mejor resolver a fs. 186.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el objeto de la acción de protección interpuesta consiste en que se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 242 de fecha nueve de octubre de dos mil nueve, dictada por la Comisión Regional del Medio ambiente de la Región de la Araucanía (COREMA), que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto Piscicultura Palguin, ello por ser este acto un acto ilegal y arbitrario por lo cual se verían amenazadas las garantías constitucionales del artículo 19 Nros. 1, 2, 8, 6, 9, 21 y 24.

SEGUNDO: Que no es posible declarar inadmisibile, este recurso, como pretende la recurrida. Ello porque a ninguna persona puede prohibírsele que utilice los instrumentos jurídicos para su defensa que establece la Constitución. Asimismo cada persona como estrategia ponderará cuales son las mejores herramientas para su iter procesal. En la misma línea, es un tema acabado tanto en doctrina y jurisprudencia que toda la administración pública aparece como sujeto pasivo de esta acción constitucional. Es decir la administración está sujeta a revisión por los Tribunales de Justicia. Finalmente en este punto no hay que olvidar que el artículo 20 de nuestra carta política establece claramente que la acción de protección es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacer valer ante las autoridades o los tribunales correspondientes.

TERCERO: Que se debe dejar en claro, que durante los alegatos en estrados la parte recurrente precisó que no estaba discutiendo los antecedentes técnicos del proceso sino que la ilegalidad y la arbitrariedad del procedimiento, en cuanto no se habría respetado por la autoridad la Constitución ni la ley, debido a que correspondía realizar el trámite de la consulta a los pueblos indígenas de acuerdo a lo que estatuye tanto la ley 19. 253 y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, que entró en vigencia en nuestro país el 15 de septiembre de 2009. Asimismo que del estudio de la acción y lo expuesto en la vista de la causa, no fue tema discutido la soberanía del Estado, el concepto de Estado, de Pueblo, y lo que deb e entenderse por Consulta y sus consecuencias. En todo caso estos quedaron nítidamente determinados en las sentencias del Tribunal Constitucional roles 309-2000 y 1050-2008, citadas por ambas partes en sus alegatos.

CUARTO: Que en consecuencia lo que jurídicamente corresponde analizar es si hubo por parte de la autoridad ilegalidad o arbitrariedad al dictar la resolución antes aludida en cuanto debió o no considerar el trámite de la consulta al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 y artículo 7 No1 del Convenio 169 antes referido y en relación artículo 34 de la Ley 19. 253.

QUINTO:Que en el sentido anterior tanto recurrente como recurrido están contestes en la cita de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en los roles 309-2000 y 1050-2008, en cuanto que el Convenio 169 citado tiene normas autoejecutables o de aplicación directa, es decir aquellas que su contenido y precisión pueden aplicarse de forma inmediata en el órgano interno; como son los antes citados artículos del Convenio. Asimismo, existen normas de carácter programático, las que requieren a diferencia de las

anteriores que se complementen mediante leyes, reglamentos y decretos. Este concepto es ratificado por el Decreto 124 de MIDEPLAN de fecha 4 de septiembre de 2009, que en su considerando octavo señala respecto a las normas del Convenio ya señaladas que pasarán a formar parte de la legislación vigente ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente de derecho interno.

SEXTO: Que siguiendo la ilación anterior y tal como lo exponen las partes a través de sus escritos y durante sus alegatos, nuestro derecho a través de la Ley indígena 19. 253 en su artículo 34 estableció en 1993 a propósito de la participación indígena que los Servicios de la Administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce dicha ley. Por su lado el aludido Convenio 169 en su artículo 6 N° 1 letra a) indica lo siguiente: Al aplicar las disposiciones del presente convenio los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. El Numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. El artículo 7° numeral uno señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. En la oración segunda precisa que Además, dichos pueblos deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Es decir existe un imperativo para los Gobiernos de consultar a los interesados mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean en este caso medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente. Luego el Convenio citado establece esto esencial que además dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Es decir siempre en Primer Lugar se les debe consultar por aquellas medidas administrativas que puedan afectarles directamente. Lo diferente es que

además deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente. Son aspectos distintos que engloban y enriquecen la participación de los pueblos indígenas en la comunidad nacional y en su propio desarrollo. En consecuencia al ser normas autoejecutables las del citado convenio y siendo derecho interno vigente deben ser aplicadas por la autoridad atendido el principio de juridicidad y en un sentido más amplio tributario del concepto de Estado de Derecho, en cuanto gobernantes y gobernados se someten a un orden jurídico objetivo e imparcial, igual para todos y que apunta ser correcto y justo.

SEPTIMO: Que en esta perspectiva se debe afirmar con precisión que el Decreto No 124 de 4 de septiembre de 2009, de MIDEPLAN, reglamenta el artículo 34 de la Ley 19. 253 y no el Convenio 169 en las normas aludidas ya que estas normas son autoejecutables. Luego el citar este Decreto como fundamento para rechazar el recurso no tiene asidero alguno. En todo caso en virtud de lo dispuesto en artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados un parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

OCTAVO: Que en esta línea y tomando en consideración lo antes dicho la ley 19. 253 en el Título que nos incumbe que es el Título V artículos 34 a 37 no aparece norma alguna que señale qué debe entenderse como medida administrativa; lo mismo puede decirse del Convenio 169 que en los artículos citados y de la Ley 19. 300 sobre Bases del Medio Ambiente. Luego si estamos razonando jurídicamente sobre conceptos de derecho para lograr un resultado convincente y aceptable debo ceñirme al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, por tratarse de un Convenio sobre derechos humano

nacen , se desarrollan, viven, se alimentan, sueñan y entierran a sus deudos, en las tierras aludidas en el recurso.

NOVENO: Que expuesto lo anterior, nítidamente en convicción de esta Corte la resolución objeto del recurso es en toda su magnitud una medida administrativa como lo señala el Convenio 169 puesto que emana de un órgano de la Administración del Estado que sin duda puede afectar directamente a los actores; debido a que el Convenio 169 señala que se debe consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente. Como se aprecia no se trata de un verbo que señale que para que la consulta proceda deben verse afectados inmediatamente por la medida sino que sean susceptibles de afectarles directamente. Ahora bien, en este caso y de acuerdo a la sana crítica y según documentación acompañada obviamente que existe un fundamente plausible que producto de la instalación de la piscicultura sus derechos constitucionales se vean amenazados y su costumbre y su vida diaria son susceptibles de ser afectados directamente; ya que viven en el sector donde se pretende realizar el proyecto. Por lo demás tal como lo señala el artículo 2 letra f) de ley 19. 300 la Declaración de Impacto ambiental (DIA) es un documento descriptivo de una actividad o propósito que se pretende realizar. Es decir, primer paso serio para la concreción del proyecto. Teniendo entonces esa calidad, obviamente que los actores vislumbran plausiblemente que sus derechos y sus vidas puedan verse amenazados.

DECIMO:Que se debe puntualizar que el Convenio 169 citado sin duda viene a enriquecer la Ley Indígena 19. 253, en efecto perfecciona y llena de contenido al artículo 34 de dicha ley puesto que, las consultas, según el convenio llevadas a cabo deben ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas. Características que ya destacó la sentencia del Tribunal Constitucional en el Rol 309-2000 considerando séptimo oración final. Es en este sentido como ya se ha explicado latamente, que la autoridad no se ha ceñido a la legislación vigente que son las normas autoejecutables del Convenio indicado en cuanto debió llamar a la consulta respectiva en los términos que señala el Convenio y no a simples actos denominados de sociabilización que distan mucho en forma y contenido de lo que pretende el Convenio 169 vigente en nuestra legislación interna según se ha explicado. Aquí se ha producido una inversión de roles, puesto que tanto los recurridos COREMA, CONAMA como la Empresa Agrícola Terratur Limitada han señalado

reiteradamente en sus escritos y alegatos en estrados que han cumplido con todas y cada una de las normas y medidas señaladas por la ley y autoridad e incluso más, que han adoptado otras medidas para ser más rigurosos. En el caso de la COREMA se realizó un proceso de sociabilización no obstante que ello no era obligatorio. La inversión se produce aquí puesto que nuestra constitución parte en su artículo 1° señalando que el Estado está al servicio de la persona humana, es decir, es un Estado instrumental, siempre al servicio del hombre y no al revés. Es esta línea la que hacen ver los actores y la Ilustre Municipalidad de Pucón. Que son los actores los más interesados en que todo se realice de conformidad a la Ley. Por otro lado debemos considerar que el soporte de todo el orden constitucional es la dignidad humana, como lo ha señalado esta Corte en otras sentencias. A partir del artículo quinto inciso segundo de la Constitución la palabra promover para los órganos del Estado debe significar siempre una actitud positiva de fomento, de impulso, de creación, de defensa inmediata, de florecimiento que siempre debe considerarse al momento de pensar y aplicar los temas y normas sobre derechos humanos. Esto es, el promover constitucional es un límite al actuar y razonamiento de los órganos del Estado en cuanto a que su obligación principal es la de resguardar, respetar y promover dichos derechos. En este aspecto los recurridos debieron preocuparse al más alto nivel de rigurosidad por la población indígena que habita el lugar. El derecho vigente esta para las personas y son los actores no otros los que pueden ser susceptibles de afectación directa por la resolución de la COREMA.

UNDECIMO: Que cavilado lo anterior efectivamente la resolución objeto de esta causa, detallada en el motivo primero es ilegal por cuanto existiendo como derecho vigente el artículo 6 No1 letra a) del Convenio 169 ya citado, la autoridad recurrida no la ha aplicado a este caso concreto, debiendo haberlo hecho, pues como lo señaló con precisión el Tribunal Constitucional en las sentencias antes singularizadas, dicho artículo es imperativo para la autoridad y autoejecutable. Asimismo su actuación es arbitraria, pues no existe una razón suficiente para que haya dejado de aplicar la norma antes transcrita, lo que trasunta en un hacer carente de fundamento. Bajo estos razonamientos por cierto que la Garantía del 19 No2 de nuestra constitución se ve amenazada, puesto que de la igualdad legal o formal, debemos pasar a la material o de justicia y solidaridad. En este caso los actores, como comunidades indígenas son grupos socialmente vulnerables, por lo que el legislador ha establecido para ellos una discriminación positiva y autorizada por el ordenamiento, como son las Consultas aludidas, luego si su participación en materias de esta índole no es a través de la consulta se ve lesionada su igualdad ante la ley pues

se le está tratando igual a la demás población y ellos deben ser tratados de forma diferente como lo señala el convenio citado. A mayor abundamiento también se ve amenazado la garantía del artículo 19 No8. Ello por cuanto un DIA constituye un acto que describe seriamente un proyecto que se pretende realizar. Existiendo esa posibilidad cierta y sin haberse hecho la consulta, la garantía ha sido vulnerada. En consecuencia se hace inoficioso, pronunciarse sobre las demás garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución Nros. 1, 6, 9,21 y 24, pues por lo ya explicado el recurso será acogido.

Y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política, Auto acordado sobre recurso de protección de la Excm. Corte Suprema y sus modificaciones posteriores SE DECLARA que se Acoge el recurso de protección deducido a fojas 57 por don Mariano Puelman Ñanco, agricultor, Longko Lof Mapu Palguín Bajo, domiciliado en Comunidad Indígena Palguín Bajo, sector Palguín Bajo, comuna de Pucón, y don Manuel del Carmen Rivera Huilipán, agricultor, Presidente de la comunidad indígena Antonio Huenuñanco, personalidad jurídica 978, domiciliada en la comunidad mapuche, sector Llafenco, comuna de Pucón en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía, representada por su Presidenta doña Nora Barrientos Cárdenas. En consecuencia se deja sin efecto la resolución exenta N° 242 de fecha nueve de octubre de dos mil nueve, dictada por la Comisión Regional del Medio ambiente de la Región de la Araucanía (COREMA), que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto Piscicultura Palguin. Debiendo la autoridad para calificar la Declaración de Impacto Ambiental, realizar la Consulta a las comunidades recurrentes como lo establece artículo 6 No1 letra a) del Convenio 169 ya citado.

Redactada por el Ministro Álvaro Mesa Latorre

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad. -

Rol N° 1705-2009 CIV. -

SR. REYES

SR. MESA

SR. ÁLAMOS

Pronunciada por la Tercera Sala

Presidente Ministro se Víctor Reyes Hernández, Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre y Abogado Integrante Sr. Eduardo Álamos Vera. -

En Temuco, a veintiuno de enero de dos mil diez, se notificó por el estado diario la resolución que antecede. -

“FRANCISCA LINCONAO HUIRCAPAN CON SOCIEDAD PALERMO”

Partes: Linconao Huircapan, Francisca c/ Sociedad Palermo Ltda. | Recurso de protección

Tribunal: Corte de Apelaciones de Temuco

Fecha: 16-sep-2009

ROL: 773-08

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE

A fojas 1 comparece doña Francisca Linconao Huircapan, machi, domiciliada en el sector Rehue, camino tres cerros e interpone recurso de protección contra la Sociedad Palermo Limitada, representada por Alejandro Taladriz Montesinos, ambos domiciliados en el Fundo Palermo sin número de Padre Las Casas. Funda su acción señalando que a partir de los primeros días del mes de septiembre de 2008 , la recurrida ha efectuado corta ilegal de árboles y arbustos nativos, en el fundo Palermo Chico, en el límite de éste y en el predio colindante denominado Palermo Grande. Agrega que dicha tala es ilícita, por cuanto se ha verificado dentro del perímetro de 400 metros más próximos a 3 manantiales, cuyos nacimientos están en cerros del sector, infringiéndose dicha forma el artículo 5 No 1 de la Ley de Bosques, norma que prohíbe "La corta de árboles y arbustos nativos situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga su origen hasta aquél en que llegue al plano". Aduce de esta forma, que el acto es ilegal aún cuando se cuente con el plan de manejo aprobado por la CONAF, pues el artículo 1 No 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal, señala que "corta no autorizada" es aquella que realizada con plan de manejo aprobado, "se ejecute en contravención a las especificaciones técnicas en él contenidas, especialmente respecto de intervenciones en superficies o especies distintas a las autorizadas". Argumenta la actora, y como segundo acto que le imputa a la recurrida, señala que ésta ha realizado plantación de especies exóticas en los lugares donde se ha llevado a cabo la corta de especies nativas, lo que está en clara contradicción con los cuerpos legales citados, especialmente el DL 701 y su reglamento, legislación que persigue mantener el número

de hectáreas plantadas con bosques nativos. Añade que esto se ve agravado pues existen comunidades indígenas colindantes, con bosques ancestrales, existiendo contaminación de aguas vitales para su existencia, más aún teniendo presente que los manantiales presentes en el predio son denominados por la etnia mapuche como "Menokos" y tienen el carácter de sagrados. A ello debe sumarse la proliferación de especies exóticas donde antiguamente recogían las yerbas medicinales, todo lo cual implica la destrucción del medio ambiente en que viven desde hace siglos. Apunta que debe tenerse en consideración el Convenio 169 recientemente ratificado por Chile, el cual establece en su Parte II artículo 13, que es obligación del Gobierno respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras, territorios o con ambos; precisando que esta obligación existe no obstante que la propiedad no esté en manos de indígenas. Así, el artículo 14 del referido Convenio establece que "Deberán tomarse medidas para salvaguardar los derechos de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que haya tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia ". Termina señalando que los hechos anteriormente descritos vulneran el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entendiéndolo el concepto de medio ambiente de acuerdo a cómo lo entiende la Ley 19.300, artículo 1 letra LL), esto es, incluyendo el elemento sociocultural y sus interacciones. Solicita, en consecuencia, en definitiva reestablecer el imperio del derecho, ordenando cesar las actividades de la recurrida.

Acompañó documentos a fs. 41, 67, 124, 227, 234.

A fojas 69 rola informe de la recurrida, quien solicita el rechazo del recurso de protección en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar y en lo que dice relación a la imputación de corte ilegal por infracción al artículo 5 No1 de la Ley de Bosques, señala que no hay acto ilegal, por cuanto 37,4 hectáreas de las 80,79 que tiene el predio, se encuentran calificadas como de aptitud preferentemente forestal, certificado así por la CONAF el año 1986. Pero además, prosigue el informante, falta un supuesto esencial para la aplicación del citado artículo 5 de la Ley de Bosques, esto es, la existencia de manantiales entendiéndolo por tales el flujo de agua natural que surge del interior de la tierra; pues los cursos de agua existentes en el lugar no lo son, sino que son acumulaciones esporádicas de aguas lluvias que se manifiestan en períodos de alta pluviometría. Sin perjuicio de lo anterior, aclara la recurrida, que se han tomado distintas

medidas de protección ambiental, de las que da cuenta un informe elaborado por una biólogo en gestión de recursos naturales y un operador forestal, documento que se acompañará y que precisa que el área a intervenir no colinda con curso de agua o vertientes permanentes, no obstante lo cual se han protegido retazos de vegetación nativa en el área a intervenir, los que se han mantenido pese a encontrarse dentro de la superficie autorizada por la CONAF para la reforestación. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, advierte la empresa que cuenta con todos los permisos y planes de manejo que el ordenamiento jurídico y la autoridad exige, de manera que se aplica en este caso la situación excepcional del artículo 5 inciso final de la Ley de Bosques, que dispone que "No obstante, se podrá cortar en dichos sectores sólo por causas justificadas y previa aprobación de plan de manejo en conformidad al decreto ley 701 de 1974 ". Continuando con sus argumentos de defensa, señala que además en el presente caso tampoco se aplica el artículo 2 No 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal, por cuanto estamos en presencia de una propiedad de aptitud preferentemente forestal, calificado así por la CONAF en el año 1986, además se cuenta con plan de manejo, y por último las actividades se han desarrollado en la superficie y respecto de las especies autorizadas. En lo que dice relación con la segunda infracción denunciada, en cuanto a la plantación de especies exóticas, señala que dicha actividad está autorizada, por lo que no es dable sostener una supuesta infracción a las normas del D. F. L. N° 701. En cuanto a la referencia que hace el recurso del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile en septiembre de 2008, destaca que el mismo entra a regir recién el día 15 de septiembre de 2009, fecha en la que habrá de analizarse cómo el legislador ha resuelto las eventuales colisiones normativas que pudieren producirse en el derecho interno chileno. De esta forma, agrega el informante que igualmente debe rechazarse el presente recurso, pues el mismo excede los márgenes de este tipo de acción constitucional; existiendo diversas vías para instar por la persecución de las diversas infracciones si es que existieren; así cita los artículos 23 y siguientes de la Ley de Bosques y los artículos 45 y siguientes de la Ley de Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal; debiendo en este punto tenerse presente que el recurso de protección es un mecanismo cautelar de última ratio. En otro orden de ideas, destaca que en todo caso no ha existido de su parte ninguna acción u omisión arbitraria o ilegal, ni tampoco que prive, amenace o perturbe derechos fundamentales. La ilegalidad debe descartarse, pues como se ha dicho, se ha actuado ajustado a las normas legales sobre la materia, mientras que la arbitrariedad también, pues su conducta no se ha opuesto ni a la razón, la justicia o el bien común. Termina

precisando que el Convenio OIT 169, el que como ya se indicó aún no está en vigencia, incluye conceptos jurídicos novedosos para el esquema jurídico que conocemos en nuestro sistema. Así, se incorpora el concepto de "derechos colectivos", diversos de los derechos individuales que constituyen la regla general de nuestro sistema, agregando a su vez otros conceptos como el de "tierra", "territorio", "pueblo", etc; lo que obligará al legislador a una tarea de compatibilización. Pero, prosigue el informante, al no encontrarse vigente el citado Convenio, debe aplicarse el concepto de derecho de propiedad en los términos clásicos propuestos y sancionados por nuestro constituyente y legislador, es decir, el derecho de propiedad tal como lo conocemos; el que puede ejercerse legítimamente sólo con las limitaciones de contenido individualista, servidumbres, por ejemplo; o de contenido social como una expropiación; lo que no ocurre en el caso de autos.

Solicita en consecuencia, rechazar el recurso, con expresa condena en costas.

Acompañó documentos a fojas 171. A fojas 78 se acompaña informe de la CONADI, en la que explican los espacios y centros de significado de la cultura mapuche, en especial el denominado Menoko y que implica un espacio de tipo cultural que corresponde a un humedal y/o microsistema natural, con fuente de agua permanente y abundante vegetación arbustiva, verdaderos reservorios de flora y micro fauna tradicional, identificados por la comunidad local y revestidos de diversos significados religiosos y ceremoniales, de acuerdo al uso y costumbre tradicional mapuche. El Menoko, además, está constituido por pequeñas fuentes de aguas alimentadas subterráneamente o por un pequeño manantial rodeado de follaje, matorrales y en ocasiones por árboles. A este lugar, se le atribuye la presencia de newen (fuerza, energía y de ngen (espíritu tutelar) que mantiene y fortalece el resto de los pozos de aguas cercanos para uso de la gente del sector. Explica que atendida sus características, el Menoko no debe ser molestado, sino más bien respetado y protegido, además es relevante, porque tiene una directa relación con el rol etno terapéutico del o de la machi, pues de estos lugares obtienen sus lawen, que son plantas medicinales que se utilizan en los procesos de sanación.

A fojas 95, rola informe de la Dirección Regional de Aguas de la Araucanía, quien concurriendo al sector objeto de esta acción, concluye que existen 3 manantiales y corresponden a sectores húmedos donde estos afloran, rodeados de vegetación nativa y finaliza señalando que corresponden a brotes concentrados de aguas subterráneas, que surgen en la superficie en formas de pequeñas corrientes y en ningún caso corresponden

a acumulación esporádicas de aguas lluvias. A fojas 101, rola informe de la CONAF, quien concluye que en una primera fiscalización no hubo una corta o explotación de corte de bosque nativo (actividad que debió realizarse con posterioridad a la fiscalización). En una segunda inspección efectuada el 28 de octubre de 2008, se detectó en la ladera sureste del cerro Rahue una corta de bosque nativo, en la cual no existe un plan de manejo aprobado por CONAF.

A fojas 129, rola informe de Carabineros de Vilcún que verifica que en un costado norte del predio existen 3 vertientes en una distancia no superior a 25 metros una de la otra, distantes aproximadamente a unos 200 metros de la línea divisoria norte del predio con la comunidad mapuche. Además, explican que hay otras vertientes a unos 300 metros al oriente de las descritas y a unos 300 metros de la línea divisoria con la comunidad mapuche, cercana a un bosque principalmente nativo que existe en el predio. Asimismo, se aprecia una plantación reciente de bosque de pino, plantación que llega a las inmediaciones de los lugares donde se encuentran emplazadas las vertientes ya señaladas.

A fojas 185, rola informe sociocultural de la comunidad Pedro Linconao, sector Rawue Padre las Casas, donde explica los sitios patrimoniales de significación cultural mapuche, entre ellos el Menoko, en similares términos a los que había expuesto el informe de la CONADI anteriormente y señala que para la comunidad mapuche, los trabajos de tala y roce realizados por el propietario del fundo Palermo, colindantes con las comunidades Linconao y Huilipan, desde las perspectivas de las comunidades, constituyen acciones contra la naturaleza y, además, atentan contra el significado simbólico y cultural de ciertos espacios y contra la espiritualidad y la vida cotidiana de la población. A fojas 209, se trajeron los autos en relación.

PRIMERO : Que el objeto de esta acción constitucional de protección, según se desprende de fojas 1 consiste:a) Haberse realizado una tala de árboles y arbustos nativos dentro del perímetro de 400 metros más próximos a 3 manantiales, lo que está prohibido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 N° 1 de la Ley de Bosques y el artículo 1 N° 12 de la Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal.

b) Realizar plantación de especies exóticas en los lugares donde se ha llevado a cabo la corta de especies nativas, lo que está en contradicción a las leyes citadas que tienen por finalidad aumentar las masas boscosas. Estas acciones se incrementan por la existencia de comunidades indígenas colindantes con el predio en cuestión por la destrucción de sus

bosques ancestrales y por la contaminación de aguas vitales, debido a la existencia de manantiales denominados Menokos. Los hechos ilícitos, según el recurrente antes señalados, vulneran la garantía del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.

SEGUNDO : Que dicho lo anterior para dilucidar esta acción constitucional en su integralidad y tratándose el recurrente de un representante de la etnia mapuche, es necesario precisar una serie de conceptos que se irán detallando durante el fallo, puesto que no puede un Tribunal realizar lisa y llanamente aplicación de un enunciado normativo sin antes explicar el proceso intelectual a realizar. Pues de no ser así, no tendría sentido la labor de los Tribunales, de la jurisprudencia y de la interpretación. Ello sin perjuicio de velar por lo que se denomina, por la doctrina, "densidad normativa". En todo caso, el constituyente o el legislador siempre ha dejado un camino por ser de natural dominio, que los Tribunales a través de sus fallos den el alcance que corresponde a las normas jurídicas . En relación a lo dicho la Dignidad de la Persona constituye el valor supremo y el principio jurídico, que es la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional (Humberto Nogueira Alcalá, Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, tomo I, editorial Librotecnia, septiembre de 2008, páginas 14 y 15). Con el mismo autor podemos decir que hoy la dignidad es la Fuente de todos los derechos fundamentales , Fuente de toda responsabilidad que afecte a los citados derechos, Fuente de toda interpretación, Fuente de toda aplicación de dichos derechos, Fuente de toda reparación, Fuente de toda trascendencia, Fuente de todo respeto, Fuente de toda manifestación cultural y Fuente primera para entender el significado del hombre. La Dignidad, como expone Haberle, (citado por Nogueira misma obra, Pág. 15) consiste en el "valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana ". Dignidad consagrada en el artículo 1 de nuestra Carta Constitucional y en los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y el Pacto de San José de Costa Rica. Todos ellos vigentes como ley interna chilena. La dignidad así entendida se está refiriendo a la construcción de la sociedad democrática, liberal, occidental, que tiene como base las grandes democracias universales e históricas , como son, la inglesa, francesa y norteamericana. En modo alguno se está apuntando a la creación de un mundo socialista o marxista (cubano, ruso, Chino entre otros), ni menos teocrático que difieren de manera notable con el respeto de las libertades de las democracias liberales occidentales.

TERCERO:Que en la misma línea, ratificando lo antes señalado, el artículo 5 inciso segundo del Código Político señala que el ejercicio de la soberanía tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y agrega que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos. La palabra es lugar u objeto donde se produce en forma mínima

expuso que el Estado debe velar porque este derecho no sea menoscabado en cualquier forma que impida ser gozado en plenitud por las generaciones actuales o futuras. La profesora Ángela Vivanco en su curso de Derecho Constitucional Tomo II, ed. Universidad Católica de Chile, página 300 y siguientes, respecto a vivir en un ambiente limpio de contaminación lo que se asegura es que, en ese medio ambiente, los elementos nocivos para la vida y salud del hombre y para la preservación del ambiente tengan índices que permitan a las personas no ver amenazadas su integridad física o psíquica. En todo caso, no se trata de un medio ambiente totalmente puro. Agrega la autora que sobre la extensión de este derecho, los Tribunales de Justicia han resuelto que el medio ambiente, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y agrega, "el medio ambiente se afecta si se contamina o se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida ". Añade que frente a este derecho se crea un deber del Estado que es velar para que el derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. El Constitucionalista José Luis Cea Egaña en su libro Derecho Constitucional Chileno, Ediciones Universidad Católica de Chile 2004, Tomo II, páginas 285 y siguientes, explica que la norma constitucional versa sobre la ecología y en un sentido amplio, la ecología estudia las relaciones del hombre con todo su habitat, es decir, el medio o ambiente material e inmaterial que lo circunda, no exclusivamente el que se refiere a la naturaleza. Precisa que en una acepción de mayor extensión la ecología absorbe la acción del hombre sobre el medio que él mismo ha creado alcanzando aspectos que exceden el tema de los recursos naturales renovables o no. Puntualiza que vivir en un ambiente libre de contaminación es la alteración de la pureza del medio físico o bien de ese ambiente físico en su esencial interacción con el medio sea psíquico, moral o social. Para el autor del texto constitucional se desprende cierta tendencia a la aceptación de la ecología en su visión extensa y por lo tanto comprensiva de la contaminación en su acepción amplia, aunque estima que los Tribunales como la Comisión de Estudio han optado por una acepción restringida a lo que debe entenderse por medio natural, pero aclara que en la Ley de Bases se hallan preceptos que permiten defender el concepto amplio de medio ambiente, art. 2 letras g) y II). También se refiere a los deberes del Estado mencionados precedentemente. El tratadista Alejandro Silva Bascuñán en su libro Derecho Constitucional, editorial Jurídica de Chile 2008, Tomo XII, páginas 89 y siguientes, señala que la materia que incide en el derecho es el medio ambiente y esta expresión puede entenderse, según el Diccionario,

como un conjunto de condiciones culturales, económicas y sociales en que vive una persona. Este término se vincula al vocablo *habitat* que significa lugar de condiciones apropiadas para que viva un organismo, especie o comunidad animal o vegetal. Cita al profesor André Bordalí en su trabajo *El derecho fundamental a vivir en un ambiente adecuado*, explicando dicho autor que en doctrina hay tres concepciones sobre lo que debe entenderse por medio ambiente: 1) la restringida, que estaría conformada sólo por aquellos elementos físicos que constituirían el soporte indispensable para la existencia de la vida humana (agua, aire y suelo) ; 2) la intermedia reconocería como elementos del medio ambiente sólo las cosas físicas o naturales excluyendo el sustrato cultural que rodea al ser humano; y 3) la amplia incluiría elementos físicos vivos y no vivos de cualquier índole y elementos socio culturales. Silva Bascuñán también cita al profesor Soto Kloss, quien refiriéndose a la contaminación expresa que ella ha de significarle al ser humano, a la persona un detrimento, un menoscabo, un agravio en su naturaleza humana, sea en su corporeidad (integridad física) o en su constitutivo psicológico (integridad psíquica), de allí que ha de ser su ambiente el que se ve afectado, en el que vive, en el que desarrolla sus tareas, labores o actividades, sea cuales sea, sea lugar de trabajo, su casa, en su descanso, o esparcimiento o recreación. Precisa Silva Bascuñán que este derecho asegura junto con su objeto directo o propio a favor del titular que lo ejerce un valor general que excede a lo que su goce representa para él mismo como es simultáneamente el beneficio colectivo, constituye un instrumento para garantizar una cierta calidad de vida y, por ende robustece otros derechos que reconoce la Carta a las personas, en especial, el derecho a la misma vida, artículo 19 no 1 y el derecho a la protección a la salud, artículo 19 no 9. Los autores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, en su libro *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica, Tomo II, páginas 204 a 206, tienen una posición similar a la expuesta por los anteriores autores y agregan que la preservación del patrimonio ambiental es tarea de todos los habitantes, aunque de modo especial el Estado debe velar para que no se vea afectado, al mismo tiempo que debe tutelar la preservación de la naturaleza y precisa que por preservar se entiende conservar los recursos naturales renovables y de áreas geográficas que han permanecido libre de la transformación y manipulación humanas. Además, la jerarquía que le da la Constitución a este derecho se aprecia en la facultad que se le otorga al legislador para establecer restricciones específicas al ejercicio de otros derechos o libertades para proteger el medio ambiente, así en concordancia con lo anterior se encuentra el concepto de función social de la propiedad definido en el inciso 2o del no 24 del artículo 19. Ahora bien, entre los

bienes jurídicos que pueden justificar las limitaciones al dominio se encuentra la conservación del patrimonio ambiental. Finalmente, en relación a la cita de autores sobre esta materia, Humberto Nogueira Alcalá en su obra *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Editorial Librotecnia 2008, Tomo II, páginas 627 a 671, indica que la Constitución no precisa el contenido del derecho que se asegura, el cual queda como un concepto constitucionalmente indeterminado. Su determinación queda entregada a la determinación jurisprudencial y a la configuración del legislador, el cual en la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio ambiente en su título 1 artículo 2 letra II) entiende por medio ambiente el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones en permanente modificación por la acción humana y natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones. Esta concepción ha sido recogida en el derecho latinoamericano, Ecuador, México, Brasil, en sus diversas leyes y en doctrina latinoamericana a modo de ejemplo, en Brasil, José da Silva en su obra *Derecho Ambiental Constitucional*, define medio ambiente como la interacción del conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que propician el desenvolvimiento equilibrado de la vida en todas sus formas. Precisa Nogueira que se puede sintetizar las definiciones anteriores en cuanto coinciden en que el medio ambiente es un conjunto de relaciones y no de elementos, el cual comprende y no solo envuelve al hombre, abarcando los elementos naturales y culturales o artificiales por igual: seres humanos, entorno, componentes bióticos, abióticos y culturales. Argumenta el autor que el derecho a un medio ambiente libre de contaminación es un concepto de carácter antropomórfico en la medida en que son los seres humanos quienes definen la calidad del entorno deseable y quienes han convertido ámbitos antes jurídicamente irrelevantes en derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, todo lo cual responde a una perspectiva de calidad de vida y a las posibilidades de desarrollo de la vida humana en un contexto de recursos finitos y de un entorno cuya contaminación tolerable es limitada, especialmente teniendo presente una perspectiva de solidaridad intergeneracional. Por lo que estima que el derecho de las personas que se protege en el artículo 19 no 8 es el de vivir en un determinado medio ambiente, el cual debe ser adecuado para la vida humana, el desarrollo de la persona y sus potencialidades en sus diversos ámbitos, en interacción con el medio y el entorno, donde los grados de contaminación del medio ambiente se mantengan en un rango y por períodos que no degraden el ambiente del que forma parte la vida y el desarrollo humano. Agrega que es utópico pensar en la total ausencia de

contaminación, pero se debe mantener una naturaleza preservada y un respeto por el equilibrio ecológico.

QUINTO: Que según lo razonado, es claro que existe una tendencia a considerar el concepto de medio ambiente en una forma más extensa de la que originalmente se consideró. En este sentido, esta Corte asume que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe considerarse en forma amplia, como lo ha expuesto entre otros de manera más precisa el profesor Humberto Nogueira y no sólo por los fundamentos dados por dicho autor, sino porque el fenómeno social denominado Derecho, es una creación realizada por el hombre y para el hombre. Para que sea un instrumento para alcanzar objetivos que permitan crear las condiciones de desarrollo material y espiritual más altas posibles, en definitiva obtener el bien común y una mejor calidad de vida. Si no hay un medio ambiente adecuado para vivir, resulta ilusorio que el hombre sea digno en libertad e igualdad y pueda disfrutar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Además, debe ser considerado en forma amplia y holística, por los deberes que impone el artículo 19 N° 8 al Estado. Esto es velar para que no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, puesto que al no tutelarla ni preservarla el medio ambiente, sin duda, puede verse afectado vulnerando esta garantía. Si no se admite una concepción amplia, no se divisa cómo el Estado puede cumplir sus deberes Constitucionales indicados. En todo caso, no existe en el medio ambiente un grupo, o persona aislada, un elemento vivo o inerte que no esté relacionado con su entorno. El medio ambiente parafraseando al Biólogo Humberto Maturana (quien se refería al Lenguaje) es el todo.

SEXTO: Que en la perspectiva anterior y en una revisión de la legislación internacional sobre el medio ambiente, podemos indicar que el Estado de Chile ha suscrito más de 20 tratados internacionales que cita el profesor Nogueira en la obra anteriormente indicada, que naturalmente permiten precisar el derecho en cuestión. A su vez existen otros acuerdos internacionales, como es, la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente o declaración de Estocolmo de 1972. En su considerando tercero señala que la capacidad del hombre para transformar todo lo que le rodea, debe ser usada con discernimiento a fin de llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea e imprudentemente, puede causar daños incalculables al ser humano y su medio. En la declaración final expone que el hombre tiene derecho a la libertad y a la igualdad y al

disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, además, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para generaciones presentes y futuras. Por su lado, esta declaración fue confirmada por la de Río de Janeiro de 1992 y proclama entre otros principios que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible; tienen derecho a vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza; el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. En esta misma línea el Convenio sobre la Diversidad Biológica publicado en el diario oficial 6 de mayo de 1995, en su preámbulo, indica que las partes contratantes están conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes. Conscientes asimismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera, afirmando que la conservación de la diversidad biológica es de interés común de toda la Humanidad. Igualmente observan que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción y pérdida de la diversidad biológica. Del mismo modo, se reconoce la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos. En el artículo 2, indica que la Diversidad biológica es la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; Por ecosistema se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional. Por Hábitat, es el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o población. En el artículo 8 dentro de las obligaciones de cada Estado, se indica: letra a) Se establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica; letra d) Promoverá la protección de ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales; letra e) Promoverá un desarrollo ambientalmente adecuado y sostenible en zonas adyacentes a áreas protegidas, con miras a aumentar la protección de esas zonas; letra j) cada país con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las

comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente. Finalmente, la Resolución 61-295 de 2 de octubre de 2007 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que en su artículo 29 destaca el derecho a la conservación y protección del medio ambiente. Asimismo, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la misma Asamblea citada de 13 de septiembre de 2007, en cuanto los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente. De esta forma, de lo expuesto en el concierto del Derecho Internacional, de manera consensuada y oficial existe acuerdo desde 1972 al menos, de la protección del medio ambiente en una concepción amplia. Y también es un tema pacífico la promoción y fomento para dicha protección que deben asumir los Estados y en especial con las comunidades indígenas.

SEPTIMO: Que en materia de legislación nacional en relación al tema en estudio podemos ver lo siguiente: a) Ley de Bosques Decreto ley No 656 de 1925 (Decreto Supremo 4. 363 de junio de 1931). En sus artículos 2 y 5 ya en esa época estipulaba y estipula normas para la protección de los terrenos de aptitud preferentemente forestal y para los bosques naturales y artificiales y prohibiciones para corta de árboles y arbustos. Todo lo que queda sujeto a los planes de manejo aprobados por la Corporación Nacional Forestal. b) Decreto ley No 2. 565 de 3 de abril de 1979 que sustituye Decreto Ley 701 de 1974. En su artículo 1 señala que esta ley tiene por objeto regular la actividad forestal en suelos de aptitud preferentemente forestal y en suelos degradados e incentivar la forestación, en especial, por parte de los pequeños propietarios forestales y aquella necesaria para la prevención de la degradación, protección y recuperación de los suelos del territorio nacional. Y su reglamento explica el plan de manejo a que debe sujetarse el bosque nativo. c) Ley 20. 283 de 30 de julio de 2008 sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal. Artículo 1 dispone que esta ley tiene como objetivo la protección, la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental. En su título III denominado de las normas de protección ambiental, artículo 15, expresa que la corta de bosques nativos deberá ser realizada de acuerdo a las normas que se establecen en este título sin perjuicio de aquellas establecidas en la ley 19. 300, con los objetivos de resguardar la

calidad de las aguas, evitar deterioro de los suelos y la conservación de diversidad biológica. d). -Ley 19. 300 de 9 de marzo de 1994 sobre bases generales del medio ambiente. Destacar en este respecto los siguientes artículos: 1. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regulan por dicha ley, sin perjuicio de lo establecido en otras normas legales. 2 letra a) Biodiversidad o diversidad biológica. La variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas. Letra b) Conservación del Patrimonio ambiental. El uso y aprovechamiento racional o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país, que sean únicos, escasos o representativos con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración. Letra e) Daño ambiental. Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno más de sus componentes. Letra g) Desarrollo sustentable. El proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras. Letra ll) medio ambiente ya citada en el motivo cuarto por Humberto Nogueira. e) Ley 19. 253 (ley indígena) de 5 de octubre de 1993. En su artículo 1 explicita que el Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. Reconoce como Etnia a la Mapuche. En su inciso 3o, agrega que es deber de la sociedad en general y del Estado respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, sus familias, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación. Artículo 7. El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena. Finalmente, el artículo 28 del mismo cuerpo legal expresa que el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará la protección del patrimonio cultural e histórico indígena. f). - Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia

General de la Organización Internacional del Trabajo, en su Septuagésima Sexta Reunión, promulgado por el Decreto Supremo No 236 de 14/10/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Publicado en el Diario Oficial de fecha 14 octubre 2008, que entra en vigencia en nuestra patria el 15 de Septiembre de 2009 sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes (de la organización internacional del Trabajo^o) . Así el artículo 4 No 1 dispone que se deberán adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Artículo 5. Deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de dichos pueblos. En el mismo sentido el artículo 8. Luego el artículo 13. Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupano utilizan de alguna u otra manera y en particular. No 2. Que la utilización del término tierras deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupano utilizan de alguna u otra manera. g).

- Se debe también considerar el artículo 2 de la "Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ", promulgada en Chile por D. S. N° 747, de 26 de Octubre de 1971, publicada en el Diario Oficial el 12 de Noviembre de 1971, de acuerdo a la cual los Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. h).

- El artículo 4 No 16 del Decreto Ley N° 2. 763 de 1979, modificado por ley N° 19. 937, Ley Orgánica del Sector Salud, que establece que cabe al Ministerio de Salud el formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud en aquellas comunas con alta concentración indígena. i).

- El artículo 21 del Decreto N° 135 de 2004, del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud que establece que es función de éste formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud, permitiendo y favoreciendo la colaboración y complementariedad entre la atención de

salud que otorga el Sistema y la que provee la medicina indígena, que permita a las personas, en aquellas comunas con alta concentración indígena, obtener resolución integral y oportuna de sus necesidades de salud en su contexto cultural. " j). - Con todo, esta exigencia estaba ya consagrada en la ley 19. 253 y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, por lo que la exigencia a todos los órganos del Estado, entre los que obviamente se incluyen los entes jurisdiccionales, de dar protección contra la violación de los derechos de las etnias originarias, es plenamente vigente en nuestra patria. l). - Las Resolución Exenta No 261 del 28 de Abril del 2006 del MINSAL que aprueba la Norma General Administrativa No 16 sobre Interculturalidad en Salud. Ella tiene rango obligatorio para todo el Sector de Salud Pública, incluyendo a los Municipios, quienes de acuerdo al Estatuto de Atención Primaria deben respetar las normas técnicas del MINSAL. Particularmente importante son los fundamentos 5o y 6o de la normativa cuando señalan: a. -) El Estado de Chile, de conformidad con las normas legales vigentes y tratados internacionales promulgados como ley de la República, se encuentra en el deber de respetar, reconocer y proteger los sistemas de salud de las culturas indígenas y b. -) El Ministerio de Salud en el marco de los acuerdos adoptados en relación al Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas y de la Política de Nuevo Trato, asumió el compromiso de efectuar el reconocimiento expreso de la validez de los sistemas de salud de los pueblos indígenas de Chile. De lo expuesto en materia de legislación nacional, se desprende lo mismo que en el derecho internacional una protección y conservación por parte del derecho del medio ambiente y en el caso que nos ocupa, del respeto, protección cuidado y desarrollo de los pueblos indígenas en todas sus manifestaciones, en especial, el respeto por su cultura, por el desarrollo de su medicina ancestral, como se aprecia nítidamente en las normas del Ministerio de Salud.

OCTAVO:Que según el ensayo del abogado Roberto Contreras, citando a varios autores, indica que los Sistemas de Salud no formales (Cultural, Etnomédico, Tradicional, Medicina Antropológica, etc.) son "sistemas terapéuticos adaptados a ámbitos y contextos socioculturales y geográficos concretos que responden a las necesidades de salud de los grupos " (Alfonso Julio, Aparicio Mena). El mismo autor Contreras, indica que el Dr. Marcos Meeroff, define que la medicina antropológica considera al enfermo en sus facetas somática, psíquica y sociocultural, es decir, una medicina holística que considera los tres aspectos del proceso mórbido; enfermedad, padecimiento y predicamento. Se indica que la respuesta sanitaria de los Pueblos Indígenas a sus problemas de salud, debe ser

abordada como un sistema, es que podemos definir a estos, como un conjunto articulado de representaciones y conocimientos con las que cada pueblo vive la salud, la enfermedad, la vida y la muerte de la persona, lo que determina sus formas de prevenir y fortalecer los factores protectores y disminuir los agresores para mantener el equilibrio, prolongar la vida y asegurar la trascendencia. Finalmente, el mismo autor, indica que la UNESCO asimismo ha señalado que la medicina tradicional indígena forma parte del patrimonio cultural intangible de la humanidad.

NOVENO: Que expuesta la relación de todos los antecedentes anteriores, esto es doctrina jurisprudencia, derecho nacional e internacional, es nítido cómo se ha configurado conciencia sobre la protección del medio ambiente y, además, se ha legislado en sostener una concepción amplia del medio ambiente. Y especial atención deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones.

DÉCIMO : El derecho como se desprende con claridad del artículo 1 y el capítulo tercero de la Constitución Política del Estado, está compuesto por normas, valores y principios. Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el ius cogens y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, debe considerarse, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

DECIMO PRIMERO : Que ya está dilucidado en la doctrina y jurisprudencia, que la persona como estrategia puede decidir interponer las acciones que estime pertinentes para la defensa de sus derechos. No es posible prohibir a una persona la interposición no de la acción de protección. Es su derecho para defender sus intereses y ello sin perjuicio de otras acciones que establezca el ordenamiento. Precisando que el artículo 25

de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y expedito ante los Jueces y Tribunales competentes a fin que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales. De la misma forma, siguiendo al Profesor Eduardo Soto Kloss en su obra sobre Recurso de Protección, no es argumento válido señalar que en la actuación que hace la recurrida, se han tenido las autorizaciones legales, ello porque esa posición es sólo un punto de partida. Esto es, se puede indicar que se tiene la autorización de la autoridad o de la Ley, pero si en el hecho es patente que se está perjudicando a la persona o al medio ambiente, obviamente que dicha argumentación no tiene sentido y su actuar se transforma en ilícito y es deber del Estado y de los Tribunales de Justicia proteger los derechos conculcados.

DÉCIMO SEGUNDO: Que se debe precisar que la acción interpuesta en modo alguno está rebatiendo o negando el concepto de derecho, el concepto de Constitución Política, el concepto de orden público económico, el concepto de derecho de propiedad, ni tampoco ha desconocido ley alguna. Lo que hace el recurrente es utilizar los instrumentos jurídicos para defender sus derechos e intereses, tal como lo establece el orden jurídico nacional.

DÉCIMO TERCERO: Que en la misma línea anterior, si bien es cierto como se ha expuesto ut supra, tanto los autores como la legislación señalan que no existe un medio ambiente puro o no contaminado que sería el ideal, la recurrente tampoco aspira a esto, medio ambiente absolutamente puro, sólo está pidiendo precisa y detalladamente que la explotación en el predio del recurrido se ciña a la Ley de Bosques, a la Ley de Fomento Forestal y a lo que establece nuestra Constitución. En este sentido, es el pueblo indígena, etnia mapuche, quien luego de la formación de la República " Estado Nación - ha tenido que someterse al igual que todos los chilenos al derecho que emana de los órganos de dicha República, esto es, desde ya ha tenido que vivir en un medio ambiente, según la concepción expuesta más arriba, no ideal ni puro, sino en un medio ambiente con una intervención que en sus tradiciones y manifestaciones culturales no estaba acostumbrado. Pero aún así, el actor sólo pide que las explotaciones en el predio del recurrido se ciñan a la legislación nacional. Legislación nacional que ya en 1925, tanto en la Constitución como en la Ley de Bosques, le asignaba a la propiedad una función social, imponiéndole limitaciones. No existe un derecho de propiedad como tácitamente lo pretende indicar el recurrido en forma absoluta, ni siquiera los autores de la corriente liberal inglesa, como John Locke se imaginaba un derecho de esa forma. Incluso, este

autor planteaba que uno debiera tener lo justo y necesario para llevar una vida adecuada. Lo que hay que recalcar que tanto en las leyes de bosques citadas como en nuestra Constitución en el artículo 19 no 8, el constituyente señaló que la Ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente y dentro de esas restricciones, el 19 No 24 en su inciso segundo es clarísimo y consagra la conservación del patrimonio ambiental, por lo que según a todos los principios, valores y normas señaladas en los precedentes considerandos se debe tener especial cuidado al analizar las manifestaciones culturales, en este caso, de la etnia mapuche.

DÉCIMO CUARTO: Que es claro que de acuerdo a lo que se ha expuesto del significado de los Menokos, el Derecho a Vivir en un medio libre de contaminación para la actora se ha visto afectado, puesto que se vulnera la integridad física y psíquica de esa etnia, se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido. Y lo que pide la machi no es que se acabe la explotación forestal ni el uso de las facultades del derecho de propiedad, sino que el dueño de esa tierra se ciña a la ley forestal. Además, no existiendo en la tradición cultural mapuche plantación de especies exóticas que sustituyan al bosque nativo, como sucede hoy, obviamente que se

está afectando su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación si la incorporación de plantas exóticas está dentro de las distancias para no realizar tala ni corta de bosques señaladas en las leyes forestales citadas. Se debe precisar que en la contestación de la acción de protección el denunciado, en primer lugar, niega que existan manantiales. En segundo lugar, que se haya hecho una corta y tala ilegal y, en tercer lugar, no discute en modo alguno que la explotación forestal de corte y de tala está afectando los manantiales en las distancias señaladas por la ley forestal.

DÉCIMO QUINTO: Que tomando como base el concepto amplio de medio ambiente indicado, el significado de Menoko, de medicina antropológica, de tierra para el mundo indígena relacionado con los valores Dignidad y Libertad y apreciados de acuerdo a la sana crítica, todos los antecedentes acompañados es claro que, como además de aprecia a fs. 49 y 59, en estos momentos (sin perjuicio de otras acciones legales para discutir en forma lata) se ha cometido un acto ilícito, ello en primer lugar por lo expuesto en el informe del organismo especialista en la materia, como lo es la Dirección de Aguas de la

Araucanía a fojas 95, que declara que en el lugar materia de estudio, existen 3 manantiales, manantiales que según el informe de la CO NADI de fojas 208 y de fojas 78, representan espacios culturales de carácter sagrado para la etnia Mapuche y, en especial, con el rol etnoterapéutico del o la machi. Asimismo, es ilícito, pues en el predio materia de autos, se están realizando talas de árboles y arbustos nativos dentro de un perímetro de los 400 metros que nazcan de los cerros y de los situados a menos de 200 metros de sus orillas desde el punto que la vertiente tenga su origen hasta a aquel en que llega al plano, artículo 5 N° 1 de la Ley de Bosques. Asimismo, es ilícito de acuerdo a lo informado por CONAF a fojas 101, en cuanto en la ladera sureste del cerro Rahue se realiza una corta de bosque nativo, sin que exista un plan de manejo, artículo 2 del Decreto Ley 701. De la misma forma, la conducta del recurrido no sólo es ilícita por atentar contra las disposiciones expuestas, sino que además a lo que se ha señalado referente a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que establece la Constitución y también por lo señalado en la Ley de Bases sobre el Medio Ambiente, respecto a la definición que allí se menciona de este medio ambiente. A lo señalado en el convenio sobre la diversidad biológica respecto a preservar y proteger dicha diversidad y la cultura de las poblaciones indígenas y en el mismo sentido, el Convenio de toda forma de discriminación racial. Igualmente, respecto a la protección que debe dar la sociedad y el Estado a la cultura y a las tierras indígenas. En todo caso, los antecedentes acompañados por la recurrida a fs. 171 no logran ser mejores y precisos que los ya indicados, puesto que como expresó él en su contestación niega la existencia de los manantiales y, por otro lado, tienen un concepto de propiedad que está muy lejano de lo que establece nuestra Constitución, la doctrina y el Derecho Constitucional. Finalmente, como expresa Gregorio Peces Barba en su libro Estudio sobre Derecho Fundamentales, Editorial Eudeba en una posición integradora, se debe indicar que todos los derechos fundamentales, son derechos de libertad, es decir, todos los derechos fundamentales pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad. Si no se protegen ni promueven como en este caso, dentro de lo que nos señala imperativamente nuestra Constitución el medio ambiente adecuado y las manifestaciones culturales de la etnia mapuche no divisa esta Corte de Justicia de qué manera estos ciudadanos chilenos puedan alcanzar la libertad. Por los fundamentos expuestos latamente es claro que se ha vulnerado el derecho establecido en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.

Y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se declara que se

HACE LUGAR al Recurso de Protección interpuesto a fojas 1 y siguientes por Francisca Linconao Huircapán, en contra de la Sociedad Palermo Limitada, representada legalmente por Alejandro Eduardo Taladriz Montecinos, en cuanto el recurrido se abstendrá de realizar tala de árboles y arbustos nativos dentro del perímetro de 400 metros más próximos a los 3 manantiales señalados en el recurso que se encuentran en cerros existentes en el sector. Asimismo, no podrá realizar corta de árboles y arbustos sin que cuenten con el plan de manejo aprobado por la CONAF, la que considerará en su momento el impacto de la plantación exótica sustituyendo al bosque nativo respecto de los manantiales aludidos, para su otorgamiento.

No se condena en costas al recurrido por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Regístrese comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre.

Rol N° 1773-2008

Pronunciada por la Primera Sala.

Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre y Abogado Integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger. Se deja constancia que el Ministro Sr. Julio César Grandón Castro no firma, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse con permiso.

En Temuco, a dieciséis de septiembre de dos mil nueve, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.

“JORGE LEÓN ARESTI CON CONTRA ENTEL PCS Y OTROS”

Santiago, veintiocho de enero de dos mil diez

VISTOS:

A FOJAS 10, COMPARECE don Jorge Ramón León Aresti, ingeniero comercial, domiciliado en Avenida Kennedy 3554, Departamento 9, comuna de Vitacura, doña Paulina Andrea Ready Selame, abogada, domiciliada en Avenida Kennedy 3554, Departamento 9, comuna de Vitacura y doña Michele Daroch Sagrado, abogada, domiciliada en Avenida Kennedy 3650, Departamento 83, comuna de Vitacura, todos representados por el abogado Gustavo Hernán Lorca Quitral, domiciliado en Tenderini 82, Oficina 501, comuna de Santiago, interponiendo Recurso de Protección en conformidad al artículo 20 de la Constitución Política de la República en contra de la empresa responsable de la construcción de la antena de telefonía móvil ubicada en Santiago, Avenida Kennedy frente al N° 3554, que sería -según los antecedentes recabados en la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL)- ENTEL PCS, MOVISTAR o CLARO CHILE, en adelante las empresas recurridas. La antena se encuentra desde el 24 de Marzo de 2009 en terrenos de propiedad del Club de Golf Los Leones, cuyo representante legal es el señor Michael Comber Sigall, con domicilio en Avenida Presidente Riesco N° 3700, comuna de Las Condes.

LOS HECHOS.

Los hechos de que da cuenta el recurso consisten en que entre el 24 y 25 de Marzo de 2009, los recurrentes se percataron que en terrenos del Club de Golf Los Leones y frente al número 3554 de Avenida Kennedy, comuna de Vitacura, se levantaba una antena de unos 30 metros en forma de Palmera, la que según información proporcionada por gente del mencionado Club pertenecería a Claro Chile S. A. , sin perjuicio de lo cual la SUBTEL informó que podría ser también de Entel pcs o Movistar. , por lo que el recurso se dirige en contra de las tres empresas antes mencionadas.

Agregan que, según información de Subtel, en la actualidad existen en uno de los domicilios del Club de Golf Los Leones ubicado en Presidente Riesco 3700, unas 17 antenas de telefonía móvil de las tres empresas del rubro.

Destacan, en primer lugar, que en el sector habitan un porcentaje importante de ancianos, mujeres embarazadas y niños. Que hay inclusive un Jardín Infantil de la cadena

“vitamina” con una veintena de infantes vulnerables a la exposición de campos electromagnéticos (CEMS) que es lo que emite la antena referida, a lo que se agrega la saturación de antenas en el sector.

Aducen también los recurrentes que hay personas con enfermedades que pueden agravarse con la exposición al CEMS de la antena por la que se recurre, más las preexistentes ubicadas en la misma dirección ingresada a Subtel, esto es, Presidente Riesco 3700

y 4154, que pueden provocar trastornos de salud a largo plazo, mal funcionamiento de marcapasos y otros implementos de salud tecnológicos. Agregan que hay informes científicos que sugieren que la exposición a los campos electromagnéticos podrían tener efectos perjudiciales para la salud, amenaza que parece mucho más evidente en las mujeres embarazadas, niños y adultos mayores. Citan asimismo estudios de la OMS, entre los que cita el trabajo del profesor Andrei Tchernitchin, profesor de la facultad de medicina de la Universidad de Chile, y otros que mostrarían evidencia experimental de efectos biológicos asociados a la exposición de radiaciones electromagnéticas, todas potencialmente nocivas.

EL DERECHO

Comienza por destacar el recurrente la consagración

constitucional del derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, para exponer después:

A) LAS NORMAS DE DERECHO COMPARADO Y DERECHO NACIONAL ACERCA DE LA RADIACIÓN ELECTROMAGNÉTICA Y EL PRINCIPIO PRECAUTORIO O DE PRECAUCIÓN.

Sobre exposición al público a los campos electromagnéticos no existe en el ordenamiento jurídico una norma que emane del órgano competente según la Ley N° 19.300 que regule la contaminación electromagnética. Las únicas normas que regulan las emisiones corresponden a la Resolución Exenta N° 505 de 2000 de Subtel, que establece normas de radiación para instalaciones individualmente consideradas, pero como estas normas deberían emanar de CONAMA y no de Subtel, serían nulas de acuerdo a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. Esta resolución fija un límite de emisión de contaminante de 435 Wcm² de densidad de potencia relativa a una fuente específica de radiación electromagnética, cual es las antenas base de telefonía móvil. Pero esta norma,

según el recurrente, es inconstitucional e ilegítima porque la Ley General de Bases del Medio ambiente vedó la posibilidad de dictar normas de emisión y de calidad ambiental bajo procedimientos distintos de los establecidos en ella, estableciendo un sistema único y objetivo cuya administración radicó en CONAMA. Sin embargo, plantea recurrente que hay normas jurídicas que permiten a la autoridad regular la materia considerando los aspectos que inciden en ella como los ambientales, de salud, económicos, urbanos y sociales vinculados y entre ellas la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 que asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, las definiciones de contaminación, contaminante y medio ambiente libre de contaminación del artículo 2° de la Ley N° 19.300.

En lo tocante al PRINCIPIO PRECAUTORIO, destaca que es el que han adoptado las naciones del mundo para casos como estos de incertidumbre científica sobre los efectos nocivos de un determinado contaminante y conforme con el cual esta falta de certidumbre no es razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. La base de este principio está en el artículo 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Hay tres elementos centrales en este principio, a saber: a) el daño, debiendo identificarse la posibilidad de un peligro sobre el medio ambiente o sobre la salud de una población dada; b) la incertidumbre, pues el principio precautorio es una forma de tratar la falta de certeza científica por las limitaciones del conocimiento humano, y c) la acción precautoria, cuya esencia es proveer una razón para tomar acción contra una actividad o sustancia en ausencia de certeza científica antes de continuar la práctica sospechosa mientras está bajo estudio o sin estudio.

El principio de precaución en Chile no está consagrado en sus normas o políticas ambientales, pero se inserta a través de los Tratados Internacionales ratificados que lo contemplan, como la Convención de Viena para la protección de la capa de Ozono, el Protocolo de Montreal, la Convención de la Biodiversidad y la Convención de Cambio Climático y la Declaración de Río de 1992. Así, siendo inconstitucional el Decreto 505 de la Subtel, el principio precautorio debe llenar este vacío legal.

Los argumentos para la adopción de este principio, con respecto a la exposición a las emisiones de fuentes fijas de Campos Electromagnéticos, serían de acuerdo a todo esto, a) evidencia de daño, pues hay evidencia científica que la exposición prolongadas a los CMS puede estar asociada a enfermedades tales como el cáncer, alteraciones en el

sistema nervioso central, mutaciones, b) daños serios e irreversibles, y el cáncer y las enfermedades neurodegenerativas asociadas a la exposición tienen en carácter de serias e irreversibles, c) la incertidumbre, pues el proceso de identificar y cuantificar los efectos dañinos asociados a la exposición a los CEMS está en fase controversial desde el punto de vista científico, d) la prevención es posible, pues se pueden establecer límites máximos de exposición humana a la contaminación basados en efectos de salud, e) aplicación del principio precautorio, que se ha convertido en ley de la República, al estar consagrado en tres Tratados Internacionales, quede aplicarse sobre todo ante el vacío legal y de un decreto inconstitucional como el 505.

B) LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES INFRINGIDAS POR LAS RECURRIDAS.

B.1. La instalación de la antena señalada en el acápite relativo a los hechos del recurso vulnera el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en su N° 1 en relación con el N° 9 del mismo artículo. Esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas y el derecho a la protección de la salud.

Sostiene el recurrente la existencia de una seria amenaza a largo plazo a la integridad física, por el efecto que las torres de telefonía celular produce en la vida de las personas, afectando su integridad física y psíquica. Por ser de largo plazo, no es posible la prueba de daños directos.

B.2. Se ha infringido el artículo 19 N° 8 inciso 2° de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 19 N° 2, inciso 2°. El primero de los preceptos citados asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y agrega que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado. Por su parte el artículo 19 N° 24 inciso 2° señala que solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad y las obligaciones y limitaciones que derivan de su función social, para luego agregar que ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y conservación del patrimonio ambiental.

Citando un fallo de la E. Corte Suprema de 1° de Diciembre de 1985, el recurrente plantea que de acuerdo a la Ley N° 19.300 debió haberse realizado un Estudio de Impacto Ambiental que establezca la forma como pueden verse afectados los derechos de terceros, con la instalación de antenas de telefonía móvil.

B.3. Se ha vulnerado el derecho a la propiedad sobre toda clase de bienes establecido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Ello, por la desvalorización de las casas afectadas por las ondas electromagnéticas, que causan daño en el largo plazo y por la vulneración de la estética, , pues son estructuras antiestéticas que nadie quiere tener de vecinas.

C) RESPONSABILIDADES Y COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS TERRITORIALES.

C.1. La Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo artículo 4 establece que las Municipalidades pueden desarrollar funciones relacionadas, entre otros, con la salud pública. Su artículo 5 les faculta para colaborar en la fiscalización y cumplimiento de las disposiciones legales correspondientes a la protección del medio ambiente y su artículo 28 dispone que corresponde a la Dirección de Asesoría Jurídica Municipal la asesoría o defensa de la comunidad, cuando sea procedente. Termina el recurrente invocando lo dispuesto en el artículo 19 N° 1, 8, 9 y 24 y artículo 20 de la Constitución Política de la República, pidiendo se tenga por interpuesto el Recurso de Protección en contra de ENTEL PCS, MOVISTAR o CLARO CHILE, declararlo admisible y en definitiva acogerlo en todas sus partes disponiendo las medidas necesarias para la protección de los derechos de los recurrentes, tales como que se impida por la I. Municipalidad de Las Condes la instalación de la antena para telefonía móvil que la recurrida está realizando en el Club de Golf Los Leones, ubicado en Av. Presidente Riesco 3700 y 4154, comuna de Las Condes o bien que se ordene la prohibición de la instalación de la antena o la destrucción y remoción de la misma del sector en que se ha emplazado. En subsidio, si no se ha terminado la construcción, la paralización inmediata en tanto las autoridades competentes como CONAMA no evalúe seriamente los daños a la salud que las antenas pueden provocar a los recurrentes y a la población.

A FOJAS 68 rola el informe evacuado por don Alvaro Fernández Ortúzar, abogado, domiciliado en Avenida Del Cóndor N° 820, Huechuraba, Santiago, en representación de CLARO CHILE S. A. , el que consigna los siguientes antecedentes de hecho relacionados con la antena a que se refieren estos autos, la que reconoce de su propiedad:

1. - Que cuenta con autorización para instalar, operar y explotar telefonía móvil digital 1900 (PCS) en todo el territorio nacional, otorgada por Decreto Supremo N° 144 de 14 de Abril de 1997 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial el 23 de Junio de 1997 que otorgó concesión a Chilesat Telefonía Personal S. A. (hoy Claro Chile S. A.).

2. - Que el Club de Golf Santiago arrendó, por Escritura Pública de 13 de Noviembre de 2008, en la Notaría de Iván Torrealba, un retazo de terreno para instalar una antena de telefonía móvil.

3. - Mediante extracto publicado en el Diario Oficial el 16 de Octubre de 2008, Claro Chile S. A. comunicó el hecho de que se instalaría una antena de telefonía móvil en el inmueble señalado, para que los afectados se opongan en el plazo de 10 días señalado en el artículo 15 de la Ley N° 18. 168.

4. - Mediante Decreto Supremo N° 1 de 5 de Enero de 2009 se concedió autorización definitiva a Claro Chile S. A. para instalar, operar y explotar una antena de telecomunicaciones a emplazarse en el inmueble señalado.

5. - El 5 de Marzo de 2009 en cumplimiento de lo Ordenado en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, Claro Chile S. A. se dio el aviso de instalación de la antena a la I. Municipalidad de Las Condes.

Luego de esta exposición de hechos, el recurrido pide el rechazo del recurso fundado en tres razones:

A) El recurso fue interpuesto extemporáneamente. Ello, por cuanto a partir de la fecha de publicación del extracto efectuada en el Diario Oficial de 16 de Octubre de 2008, comenzó a correr el plazo de 10 días hábiles previsto en el artículo 15 de la Ley N° 18. 168, para que cualquier persona que se sienta afectada por la instalación de la antena pueda oponerse a ello, lo que los recurrentes no hicieron.

B) Existe un procedimiento previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley N° 18. 168 para que los afectados reclamen a la autoridad del ramo, en este caso lo Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

C) No se cumplen los requisitos que hacen procedente el Recurso de Protección, a saber, que haya un acto u omisión arbitrario o ilegal que vulnere los derechos fundamentales amparados por el artículo 20 de la Constitución Política. Ello, porque Claro Chile S. A. está facultada para operar y explotar antenas de telefonía móvil desde un punto de vista constitucional, en conformidad a los artículos 19 N° 21, 23 y 24 de la Constitución Política que le permiten desarrollar una actividad económica como la telefonía móvil, desde un punto de vista legal, porque los artículos 3,8, 14 y ss de la Ley N° 18. 168 le permiten instalar, operar y explotar antenas de telefonía móvil, desde un punto de vista administrativo por el Decreto Supremo N° 144 de Abril de 1997 que la faculta para

instalar, operar y explotar antenas en todo el territorio y por el Decreto Supremo N° 1 y desde el punto de vista contractual, en virtud del contrato de arriendo del inmueble en que se instaló la antena.

Sostiene además el informante que no se ha vulnerado ningún precepto constitucional, y en cuanto al artículo 19 N° 8, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no se vulnera porque la instalación de antenas de telefonía móvil no daña el medio ambiente, tanto es así que la Ley N° 19.300 señala taxativamente las actividades que podrían dañar al medio ambiente sujetándolos a un estudio de impacto ambiental (artículo 8) y las antenas no se encuentran obligadas a realizar aquel estudio pues no figuran en el artículo 10 que describe taxativamente las actividades susceptibles de causar efectos adversos al medio ambiente.

En cuanto al derecho constitucional de propiedad (artículo 19 N° 24) que también se invoca, no se ha vulnerado porque la antena se emplaza en un inmueble y terreno ajeno a los de los recurrentes, los que pueden seguir disponiendo de sus propiedades, arrendarlas, percibir sus frutos. Además, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones es clara en cuanto a que las antenas y los mástiles son complementarias a los usos del suelo. Por último, deben los recurrentes tener presente que al comprar sus inmuebles los hacen junto a las leyes que los regulan entre las que se encuentran las que facultan para instalar antenas de telecomunicaciones.

Termina pidiendo tener por evacuado el informe y disponer el rechazo del recurso de protección en todas sus partes.

A FOJAS 80, el señor Eduardo Andrade Nuñez, Subgerente de Infraestructura de ENTEL PCS TELECOMUNICACIONES S. A. , en carta dirigida al Presidente de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, le da cuenta de que la antena individualizada en el recurso no pertenece ni se encuentra en obras de habilitación para su incorporación a la red concesionario que opera Entel PCS.

A FOJAS 81, don Hernán Orrego Castillo, abogado, en representación de TELEFONICA MOVIL CHILE S. A. , evacuando el informe solicitado, alega falta de legitimación pasiva como recurrida en la presente causa, atendido que las antenas de la empresa que representa no son aquellas en contra de las cuales se ha interpuesto este recurso.

En efecto, plantea que las antenas de su propiedad ubicadas en el Club de Golf Los Leones están instaladas allí desde hace más de cinco años, por lo que mal puede sostener que se están levantando o construyendo.

Además, las antenas de telefónica Móviles no tienen forma de palmera como indican los recurrentes, característica que sí reúnen otras antenas pertenecientes a otras compañías.

Plantea también que los recurrentes recurren por una antena que no es de Telefónica, la que se agrega a las preexistentes, dirigiendo el recurso en contra de la empresa responsable de la construcción de la antena con camuflaje de palmera, en el Club de Golf desde el 24 de Marzo de 2009, que no es el caso de Telefónica que las levantó hace más de cinco años.

Termina pidiendo se declare la falta de legitimación pasiva de Telefónica Móvil Chile S. A. y se deseche el recurso con respecto a ella.

En subsidio de lo anterior, en el primer otrosí de su escrito, el informante alega la extemporaneidad e improcedencia del recurso, fundado en los siguientes antecedentes:

1. - Que las antenas están instaladas desde hace más de cinco años. 2. - Las antenas del informante son preexistentes a las que motiva el recurso presentado el 23 de abril, por lo que al menos en relación con las que los recurrentes denominan preexistentes, el recurso es extemporáneo.

3. - La mención que se hace a las antenas anteriores es solo un argumento para atacar las antenas recientes.

4. - Los recurrentes no plantean los medios o circunstancias que les permitieron tomar conocimiento supuestamente el 25 de marzo y es carga procesal de ellos acreditar la fecha en que se tomó conocimiento de los hechos fundantes del recurso.

5. - El Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Queja dispone que el recurso debe interponerse en el plazo de 30 días, desde la ejecución del acto u ocurrencia de la omisión según la naturaleza de éste, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que debe hacerse constar en autos, de donde el recurso es extemporáneo.

Seguidamente, el informante plantea en el segundo otrosí, para el evento de ser rechazados los argumentos anteriores, lo siguiente:

A) Falta de legitimación activa de los recurrentes. Don Jorge

Ramón Leon Aresti, doña Paulina Andrea Ready Selame y doña Michele Daroch Sagredo esgrimen como fundamento del recurso que las antenas de telefonía móvil tienen contraindicaciones para la población que denominan vulnerable, circunstancia que no han acreditado que sea la de ellos, de donde a menos que se le quiera dar al Recurso de Protección el carácter de acción popular, carecen de legitimidad activa para interponerlo.

B) Norma Técnica que regula la emisión de una antena de telefonía celular.

Señala que la Resolución 505 del año 2000, que a juicio de los recurrentes es la norma técnica que regula la emisión de las antenas, fue derogada por la Resolución 403 de 30 de Abril de 2008 (D. O. 8 de Mayo de 2008) del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija los requisitos de seguridad aplicables a las instalaciones de servicios de telecomunicaciones que generan ondas electromagnéticas.

Por decreto N° 142 de 12 de Abril de 2004, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones autorizó la instalación de las antenas de Bellsouth Comunicaciones, hoy Telefónica Móviles Chile S. A. , de donde las antenas en cuestión cumplen holgadamente con la norma técnica de emisión, de donde mal puede afectar alguno de los derechos señalados por los recurrente.

C)Emplazamiento.

Los recurrentes aducen que las antenas se encuentran en una zona eminentemente residencial, pero observa que el plano regulador respectivo, vigente a la época de la instalación, no prohibía la instalación de antenas de telefonía celular ni disponía lugares específicos para su instalación. Más aún, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en el artículo 2. 1. 24, dispone que las antenas con sus soportes y elementos rígidos, son complementarias de cada uno de los cinco tipos de uso de suelo que se permiten en un área urbana, no existiendo más tipos de uso de suelo.

Por lo tanto cualquiera sea el uso del suelo que le de el Plano Regulador, será complementario a la instalación de una antena.

D) Derechos presuntamente conculcados.

1. - Derecho a la vida e integridad física y psíquica garantizado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política.

Con fundamento en un documento del Medical College of Wisconsin, de los Estados Unidos, afirma que la comunidad científica de ese país e internacional está de acuerdo en

que la potencia generada por estas antenas de estaciones base es muy baja como para producir riesgos para la salud. Tan arraigado es este concepto que en países como Inglaterra, Alemania, Holanda, España, Francia, Suecia o Estados Unidos no solo permiten la instalación de antenas de telefonía celular sino que rechazan la tesis de que deben habilitarse zonas sensibles, prohibiendo la instalación de antenas en determinados lugares.

Seguidamente, el informante explica detenidamente el tipo de radiación que producen las antenas de estaciones base de telefonía celular, que es una radiación de radiofrecuencia “no ionizante”, cuyos efectos son esencialmente diferentes de los de la radiación “ionizante” producida por máquinas de rayos X. Luego después concluye que en Chile se siguen las recomendaciones de seguridad internacionales sobre exposición del público a las ondas de radio producidas por las antenas de estaciones base de telefonía celular.

Destaca, en este sentido, la dictación de la Resolución N° 403, de 30 de Abril de 2008 de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones que modificó la Resolución N° 505 del año 2000, rebajando los requisitos de seguridad a niveles pocas veces vistos en una legislación a nivel mundial bajando de 435 microwatts / cm² a 100 micro watts / cm².

Recuerda que la norma a nivel mundial fluctúa entre 900 y 1200 microwatts por centímetro cuadrado.

Concluye esta parte el informe añadiendo opiniones y artículos de expertos sobre la materia que confirman lo inofensivo de las antenas, por lo que se puede tener la certeza de no existir evidencia científica sería que acredite que una estación base de telefonía celular signifique riesgo alguno para la salud o integridad física. Complementa esta conclusión con la cita de numerosos fallos de diversas Cortes de Apelaciones del país, que confirman este mismo criterio.

En lo referente al Principio Precautorio invocado por los recurrentes dice el informante que no puede ser aplicado con el tema de emisión de radiación por antenas de telefonía celular, porque existe una norma técnica que regula la emisión máxima de una antena de telefonía celular, que es la Resolución 403 de 2008, de Subtel, que modificó la 505 del año 2000, rige también la Ley General de Urbanismo y Construcciones que regula los requisitos para el emplazamiento, está además la Subsecretaría de Telecomunicaciones que autoriza la instalación en un punto determinado, la Dirección General de Aeronáutica Civil que regula la altura de la torre y la Superintendencia de Electricidad y Combustible que supervisa su instalación eléctrica. En suma, la instalación de una antena de telefonía

celular requiere de variados controles, todos encargados a altísimas autoridades y organismos.

Termina este acápite con apreciaciones técnicas que le restan validez a un informe del doctor Andrei Tchernitchin, invocado por los recurrentes, cuyos estudios, en opinión del informante, están totalmente superados en el tiempo.

2. - Derecho a vivir en un medio ambiente libre y sano de contaminación garantizado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

Es deber del Estado velar para que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación no sea afectado y en cumplimiento de ese deber el Estado de Chile ha regulado a las antenas de telefonía celular, tanto en cuanto al emplazamiento de ellas, como en relación a la radiación que emiten.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones en relación a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones configuran el estatuto jurídico que regula expresamente la ubicación de las antenas dentro del radio urbano.

Sobre salud y antenas la Ley General de Telecomunicaciones Ley 18. 168, principalmente a través de su artículo 7° y la resolución N° 403 dictada por Subtel, regulan acabadamente este tema.

Termina este párrafo planteando que la actividad de la empresa informante en modo alguno significa una actividad contaminante del medio ambiente; ninguna prueba en este sentido han aportado los recurrentes y la Subtel en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 7 de la Ley N° 18. 168 tampoco ha expresado situación alguna al respecto.

3. - Derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Expone en primer lugar que el valor de la propiedad, la protección estética que rodea el entorno de un inmueble, etc, no están amparados por la Constitución, por ello, tales aspectos no pueden ser discutidos en sede constitucional.

Señala que no puede entenderse que se ha afectado la propiedad en cuanto el uso del suelo está reglado por normas técnicas. Ley General de Urbanismo y Construcción, Ordenanza sobre la materia, Plan Regulador, instrumentos con los que se ponderan los derechos individuales y la propiedad absoluta con las necesidades sociales. Tales instrumentos, en el caso de autos, facultan y legitiman la instalación de una antena de telefonía celular en Av. Kennedy 3554. Las limitaciones estéticas están establecidas en

la Ley de Monumentos Nacionales. En consecuencia, sostiene que la coordinación de los intereses entre los particulares, como los de éstos con intereses generales, ya han sido regulados por el legislador. Así la habría declarado la I. Corte e Apelaciones de Santiago, en fallo de Enero del 2006.

Finalmente se remite el artículo 1698 del Código Civil en cuanto a la carga de la prueba, que sería del recurrente. , dadas sus ambiguas afirmaciones.

Concluye señalando que nunca ha desconocido la competencia y jurisdicción de la Corte,, pero es el presente caso es la ley la que regula la actividad de su representada y quien debe velar por el correcto funcionamiento de torres y antenas de telecomunicaciones son el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Subsecretaría de Telecomunicaciones, SUBTEL. Organismo éste último que nunca ha denunciado que las antenas produzcan daños a la vida o integridad física, dañen el medio ambiente o afecten el derecho de propiedad de los vecinos de ellas.

Por todas las razones anotadas, solicita el rechazo de recurso, con costas.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1. - Que en primer lugar cabe tener presente que la acción cautelar que nos ocupa se interpuso en contra de tres empresas, a

saber Entel PCS. Movistar o Claro, ya que el abogado recurrente quien actúa a nombre de tres particulares, no logró determinar a cual de todas ellas pertenecía la antena de telefonía móvil instalada en Santiago, Av. Kennedy frente al n° 3554, a contar del 24 o 25 de Marzo del 2009, en los terrenos del Club de Golf Los Leones. Antena que según sus dichos vulneraría las garantías constitucionales contempladas en los números 1 y 9 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, esto es, el derecho a la vida a la integridad física y psíquica de las personas y el derecho a la protección de la salud. Señala que infringiría además el artículo 19 en sus N°s 8 inciso segundo y N°2 en su inciso segundo, en cuanto al derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación; y finalmente al artículo 19 N°24 , inciso a segundo, que consagraría la función ambiental de la propiedad, y la posibilidad de ser limitada, en aras del bien común.

Razones todas por las que solicita se dispongan las medidas necesarias para la debida protección de los derechos de los recurrentes, tal como: se impida por la Municipalidad de Las Condes la instalación de esta antena de celular que se está instalando en Club de Golf Los Leones en Presidente Riesco 3700 y 4154, a costa de la recurrida. Se Ordena la

prohibición de la instalación de la antena o la destrucción y remoción del lugar en que se ha emplazado. En subsidio, se ordene de no haber terminado la construcción, la paralización inmediata y permanente, de las faenas de instalación, en tanto las autoridades no evalúen seriamente los

daños en la salud que dichas antenas producirían; y de haberse terminado su emplazamiento de Kennedy 3554, de estar en funcionamiento se suspenda éste, o cualquier otra medida de protección, con costas.

2. - Que en cuanto a la recurrida ENTEL PCS, sostiene que la antena materia del recurso no le pertenece, ni se encuentra en obras de habilitación para ser incorporada a la red concesionada que opera esa empresa.

3. - Que, en el mismo orden de ideas, informa la recurrida MOVISTAR S. A. oponiendo en lo principal la excepción de falta de legitimidad pasiva a su respecto, ya que las antenas pertenecientes a esa empresa, instaladas en el Club de Golf , se encuentran emplazadas desde hace más de cinco años; además las estructuras soportantes de Telefónica Móvil, no tienen forma de palmera, como indican los recurrentes. Sostienen además que en el caso de instalarse nuevas antenas en un lugar donde ya existen otras, podría saturarse la zona superando el estándar de emisión permitida Así las cosas señala que sólo la antena con camuflaje de palmera es la que motiva la acción.

4. -Que las anteriores afirmaciones no han sido controvertidas por la recurrente, ni por los informes evacuados por el Ministerio de Transportes, Municipalidad de Las Condes Dirección de Obras, ni Dirección General de Aeronáutica, por lo que será acogida la falta de legitimidad pasiva, respecto de ambas empresa de telefonía celular, Entel PCS Telecomunicaciones S. A. y Telefónica Móviles

5. - Que atendido lo recién resuelto resulta inficioso pronunciarse acerca de la petición subsidiaria de Telefónicas Móviles, de extemporaneidad del recurso.

6. - Que acorde con lo resuelto en las motivaciones precedentes, cabe avocarse al análisis del recurso de protección deducido en contra de Claro Chile S. A. el cual centra el reproche constitucional en lo dañino que puede resultar para los vecinos del sector, la emanación de ondas electromagnéticas , que pueden causar enfermedades a largo plazo,, son estructuras antiestéticas, que deprecian las propiedades del sector, violándose sus derechos de propiedad, a la salud y a un espacio libre de contaminación.

7. - Que la referida antena ha cumplido para su instalación con toda la normativa vigente según se desprende del mérito de los documentos acompañados por de fs. 48 a 67 , por Claro Chile S. A. , entre ellos, contrato de arriendo con el Club de Golf, de un retazo de terreno para instalar la antena en cuestión;; Decreto Exento N° 1 de 5 de Enero de 2009, que concedió la autorización definitiva para el emplazamiento de la antena, el que consigna en su texto que no se presentaron oposiciones a la publicación del extracto de la solicitud de modificación de concesión

8. - Que al efecto, cabe tener a la vista los artículos 15 y 16 de la Ley 18. 168, General sobre Telecomunicaciones en os cuales se establece que si la solicitud de concesión no tiene reparos, se efectuará una publicación en el Diario Oficial a fin que los que se vean afectados puedan oponerse. En el caso de oposición resolverá el Ministro, luego de escuchar al solicitante: Resolución que podrá ser apelada dentro de para ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro del plazo de 10 días.

9. - Que la reclamante no hizo uso del mecanismo contemplado en la legislación que reglamenta esta materia dentro de los plazos y a través de los recursos en ella contemplados, por manera, que la vía intentada para modificar lo ya ejecutoriado , recurso de protección no es la que la ley contempla y el derecho para reclamar a la fecha de la interposición del recurso, había prelucido.

10. - Que, en cuanto a las garantías constitucionales que se denuncian como conculcadas, en relación al derecho de propiedad , los recurrentes no son dueños de la propiedad en cuyos terrenos se emplazó la antena y si aquella influye, en la valoración o desvalorización de sus propiedades, no es una materia para ser revisada por la vía de la protección.

11. - Que en relación al derecho a la salud y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no existen antecedentes científicos fidedignos que permitan aseverar que tales garantías son amenazadas o conculcadas con el emplazamiento de antenas para telefonía celular, la legislación chilena las permite y las regula detallada y profusamente en cuanto a su instalación y a la emisión máxima permitida , radiación . Ello por intermedio de la Ley 18. 168 especialmente en su artículo séptimo y Resoluciones de SUBTEL N° 505 del 2000 modificada por la N° 403 del 2008.

12. - Que, así las cosas, el principio precautorio citado por los recurrentes no tiene aplicación en el presente caso, tanto porque no existen derechos amenazados susceptibles de ser precautoriados, cuanto porque la peligrosidad no ha sido acreditada

de manera alguna, siendo inconducente al efecto, la opinión de un científico , - fs. 119 - que evacúa un informe de manera general , sin las ritualidades y formalidades de una pericia.

13. - Que, por las razones anotadas en las motivaciones precedentes, no se divisa la existencia de actos ilegales o arbitrarios que hayan conculcado las garantías constitucionales denunciadas como infringidas.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, SE RECHAZA el recurso interpuesto a fs. 10 y siguientes por el abogado Gustavo Hernán Lorca Quitral, en representación de Jorge León, Paulina Ready y Michele Daroch.

Con costas.

Regístrese y archívese.

Redacción del Ministra Suplente señora Kittsteiner.

N° 5596-2009.

No firma la Ministra Suplente señora Kittsteiner, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señor Lamberto Cisternas Rocha, Ministra Suplente señora María Rosa Kittsteiner Gentile y Abogado Integrante señora Andrea Muñoz Sánchez.