

JUSTICIA AMBIENTAL

REVISTA DE DERECHO AMBIENTAL
AÑO III, N° 3 - SEPTIEMBRE 2011.

Con derecho al ambiente



FIMA





Consejo Editorial:

John E. Bonine, Fernando Dougnac Rodríguez, Francisco Ferrada Culaciati,
Svitlana Kravchenko.

Director general:

Rodrigo Polanco Lazo.

Editores:

Gabriela Burdiles Perucci, Jorge Ossandón Rosales, Rodrigo Polanco Lazo.

Auspicia:

Fundación Heinrich Böll.

Publicado por:

Fiscalía del Medio Ambiente-FIMA.
ISSN N° 0718-736x- Santiago de Chile.

Representante Legal:

Fernando Dougnac Rodríguez.
La Concepción 141, oficina 901, Providencia/(56-2) 2355007/www.fima.cl

Diseño portada e interior:

Carolina Quinteros Muñoz.

Impresión:

Jorge Luis Roque.

“Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.”



ÍNDICE DE CONTENIDOS

EDITORIAL

Francisco Ferrada Culaciati	9
-----------------------------------	---

ESTUDIOS

1. EL CONCEPTO DE JUSTICIA AMBIENTAL EN EL MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL DE LAS ACTIVIDADES MINERAS: El Caso de la Comuna de María Elena, Región de Antofagasta, Chile. Diego Sandoval Sandoval, Dominique Hervé Espejo, Edmundo Claro Rodríguez y Juan Pablo Aristegui Sierra	14
2. LAS AGUAS DEL MINERO. José Ignacio Morán Ovalle	57
3. AUTODENUNCIA EN LA LEY QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE ¿Un Real Incentivo Al Cumplimiento Ambiental? Rossi Saavedra Isla y Oscar Reicher Salazar	67
4. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS DECLARACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL. Ezio Costa Cordella y Paula Fuentes Merino	83
5. REGLAMENTOS AMBIENTALES. Juan Pablo Leppe Guzmán	107
6. EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO: En relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile. Fernando Dougnac Rodríguez	115
7. APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS AMBIENTALES. Felipe Molina Saavedra	141
8. GUERRA LÍCITA: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y OTROS MÉTODOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL. Matthew P. Thomas	161

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO DE DOMINIO Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL: ¿Nuevos Paradigmas Desde El Derecho Ambiental? Álvaro Fuentealba Hernández	183
2. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA CENTRAL TERMOELÉCTRICA CASTILLA: Un caso de Derecho Administrativo Procedimental. Luis Cordero Vega	192



 | EDITORIAL



EDITORIAL

Francisco Ferrada Culaciaty*

Constituye un motivo de gran satisfacción la publicación del tercer número de la revista Justicia Ambiental. No sólo por cuanto vuelve a plasmar uno de los pilares de FIMA, que es la constante divulgación del trabajo que hacen sus integrantes en tribunales, talleres con comunidades, cursos de jueces, etc., sino también al darle la oportunidad a terceros de traspasar a la comunidad interesada sus conocimientos en esta particular área del derecho.

No deja de ser especial este número, al involucrar algunos temas dedicados a la minería, en una época en que vivimos un auge de esa actividad económica, aplaudida por muchos que no reparan en sus externalidades negativas.

Ilustrador resulta al efecto el primer artículo denominado “Concepto de Justicia Ambiental en el marco regulatorio e institucional de las actividades mineras”, que nació a raíz de un trabajo mancomunado entre el Programa de Derecho y Política Ambiental, y el Centro de Energía y Desarrollo Sustentable, ambos de la Universidad Diego Portales y liderados por la destacada Profesora Dominique Hervé, en conjunto con FIMA, con el financiamiento de la Fundación Oxfam. Una de las conclusiones de este estudio es la verdadera “depredación socioambiental” que produce la actividad minera a gran escala en poblados pequeños que se emplazan en ecosistemas frágiles, tales como Quillagua en el Norte Grande de nuestro país. A su vez constata la infrautilización de los recursos administrativos y judiciales, constituyendo un llamado a los que se dedican al interés público ambiental a prestar más atención a estos fenómenos.

Luego, en el artículo “Las aguas del minero”, su autor, José Ignacio Morán Ovalle analiza el estatus jurídico de ese derecho de aprovechamiento de aguas, haciéndose cargo, entre otros temas, de las complejidades derivadas de su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces y en el Catastro Público de Aguas.

En tercer lugar, recogiendo un tema derivado de la reciente reforma a la institucionalidad ambiental, doña Rossi Saavedra Isla y don Oscar Reicher Salazar, han escrito un interesante artículo relativo a la autodenuncia en la normativa de la Superintendencia de Medio Ambiente. Este mecanismo de incentivo tiene por objeto lograr una exención o rebaja en el monto de la multa, y la obra contiene un análisis pormenorizado de ella, incluida la discusión parlamentaria. Asimismo, plantea algunas discusiones que sin duda se darán en la práctica, el día en que comience sus funciones este organismo. Es destacable, para finalizar, la crítica que efectúa a la aplicación del instituto en casos de grave e irreparable daño ambiental.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Director Ejecutivo Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA.



Posteriormente, los abogados Paula Fuentes Merino y Ezio Costa Cordella, escriben un texto acerca del antiguo anhelo de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, recogido al menos en parte por la reforma de la Ley N° 20.417. Es destacable las páginas dedicadas al fundamento de la participación ciudadana en la evaluación ambiental, tema no siempre comprendido por la sociedad en general, aunque recientemente puesto de relieve por la Excm. Corte Suprema a raíz del caso del Plan regulador Comunal de San Pedro de Atacama, en relación al Convenio N° 169 de la OIT. Luego, se entregan los principales aspectos de la actual regulación, estableciendo el que es, a su juicio, el correcto sentido del concepto de carga ambiental, en su relación con el ejercicio del derecho de participación.

Después se publica el documento de don Juan Pablo Leppe Guzmán, que trata del procedimiento de dictación de los reglamentos ambientales, especialmente en relación a la intervención de las nuevas autoridades creadas por la Ley N° 20.417. Se formulan al final importantes críticas a la nueva regulación, que sin duda deberán ser consideradas a futuro.

En seguida, don Fernando Dougnac se hace presente con un artículo relativo al recurso de protección y la nulidad de derecho público, tema de frecuente invocación en las Cortes. En él desarrolla los requisitos del acto administrativo y los fundamentos de la nulidad de derecho público, relacionados con los principios que gobiernan el derecho ambiental. Concluye en la necesidad de desarrollar la tramitación de la nulidad en procedimientos ordinarios, dada la jurisprudencia contemporánea que ha centrado el análisis de legalidad en los aspectos formales de la dictación de las resoluciones de calificación ambiental, más que en los aspectos de fondo.

El séptimo artículo publicado es de autoría de don Felipe Molina Saavedra, que escribe de la conveniencia de la aplicación de las medidas cautelares innominadas en el proceso ambiental. Mención especial merece la referencia a la acción preventiva del artículo 2333 del Código Civil, herramienta que efectivamente no ha sido suficientemente desarrollada en nuestro país; y la relación que formula entre el principio precautorio y las medidas cautelares.

El último artículo publicado es del abogado norteamericano Matthew P. Thomas, que aborda un tema original y novedoso como es la regulación que hace el derecho internacional respecto de la protección del medio ambiente en cuanto a la fabricación, compra, y uso de armas, y la necesidad de efectuar una evaluación ambiental en este mercado. Resulta elocuente al radicar en la pretensión civil el único resguardo actual realista que puede esperarse para la protección del medio ambiente en esta esfera.

Respecto de los comentarios de jurisprudencia, el Profesor Álvaro Fuentealba Hernández escogió uno de los fallos emanados de la Excm. Corte Suprema recaído en la causa del proyecto de Expo Pork Meat Chile S.A. que, en mi perspectiva, resulta ser uno de los más trascendentes en materia ambiental en este último tiempo, por la significativa ampliación del ámbito de revisión establecido en sede protección. Este aspecto del fallo el Profesor Fuentealba lo plantea de manera notable.

Asimismo, el Profesor Luis Cordero Vega escribe un comentario realista y dogmáticamente sólido acerca del fallo de la Excm. Corte Suprema relativo a la Central Termoeléctrica Castilla, concluyendo, con razón, que *implicó el establecimiento de estándares de Derecho Administrativo procedimental para resolver problemas*



de legalidad del procedimiento de evaluación ambiental. Este fallo no es lo que llamaríamos un fallo ambiental, con criterios ambientales, sino un fallo que entrega principalmente criterios de derecho administrativo para los operadores del sistema de evaluación de impacto ambiental.

Para finalizar, no se puede menos que agradecer el generoso apoyo de los distintos autores, que han ayudado a mantener la vigencia de esta Revista. Asimismo, reconocemos a la Fundación Heinrich Böll, quien se ha constituido en un pilar fundamental de esta revista, al apoyar decididamente su publicación. No se puede dejar de mencionar el valioso trabajo del equipo editorial, formado por Gabriela Burdiles Perucci, Rodrigo Polanco Lazo y Jorge Ossandón Rosales. A todos ellos, nuestra gratitud y reconocimiento por su esfuerzo.



 | ESTUDIOS



EL CONCEPTO DE JUSTICIA AMBIENTAL EN EL MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL DE LAS ACTIVIDADES MINERAS

EL CASO DE LA COMUNA DE MARÍA ELENA REGIÓN DE ANTOFAGASTA, CHILE⁺

Diego Sandoval Sandoval*
Dominique Hervé Espejo**
Edmundo Claro Rodríguez***
Juan Pablo Arístegui Sierra****

I. INTRODUCCIÓN

En Chile la minería se concentra, principalmente en el norte del país, donde el daño a la tierra suele minimizarse debido a que existe una baja densidad de población, y por las condiciones desérticas del territorio. Sin embargo, el auge minero tiene su contraparte en considerables efectos ambientales. Durante todo el proceso –de extracción, fundición y cierre de faenas– el medioambiente está expuesto a impactos negativos más o menos significativos, asociados a la escala y la tecnología de producción.

El deterioro ambiental provocado por la actividad minera –tanto de las minas como de las plantas de procesamiento– tiene consecuencias directas no sólo sobre los recursos naturales renovables, sino también sobre vastas poblaciones que viven alrededor de ella.¹

La experiencia en la zona norte del país ha demostrado que el argumento mediante el cual se justifica el deterioro ambiental en la falta de recursos para financiar los mayores costos de inversión en que habría que incurrir en los procesos y tratamientos para evitarla, ha resultado ser una justificación que en muchos casos no resiste

+ El presente trabajo es un extracto de un estudio desarrollado por el Programa de Derecho y Política Ambiental, y el Centro de Energía y Desarrollo Sustentable de la Universidad Diego Portales, en conjunto con Fiscalía del Medio Ambiente; denominado "Estudio integrado sobre costos y beneficios de la gran minería del cobre: Comuna de María Elena, Segunda Región de Antofagasta, Chile".

* Técnico Universitario en Producción Agrícola y Sociólogo egresado de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Investigador social para el "Núcleo Temático de Investigación Comunicación para la Sustentabilidad" de la Dirección de Investigación y Estudios de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

** Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Master en Derecho Ambiental (LL.M). University College London, Universidad de Londres, Directora del Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

*** Ingeniero Civil Industrial, mención Mecánica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Ph.D Department of Land Economy, University of Cambridge. MSc Department of Geography, King's College London, University of London, director del Centro de Energía y Desarrollo Sustentable de la Universidad Diego Portales.

**** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Master en Estudios Internacionales. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2008, Investigador del Programa de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales.

1 La experiencia ha señalado que el impacto ambiental de la actividad minera trasciende con largueza el espacio local donde se emplazan las faenas productivas. Estos impactos provienen, por un lado, de las grandes masas energéticas que demandan los procesos productivos, y por otro, de la huella ambiental de la actividad industrial sobre los asentamientos humanos y el paisaje regional.

análisis, tanto porque los costos en que hay que incurrir no son tan elevados, como porque los retornos directos e indirectos suelen hacer que estas inversiones sean altamente rentables².

En el caso de la Gran Minería del norte chileno -a diferencia de la zona central y sur del país - la característica principal de la zona es la imagen desértica de su paisaje. Es decir, los usos alternativos del suelo son de muy pequeña escala, por lo que da la impresión de que los impactos directos de las faenas mineras sobre la flora y fauna no parecen ser demasiado relevantes. No obstante, esta impresión dista de la realidad.

Cuando no se han aplicado las medidas preventivas adecuadas sus efectos directos más comunes son de tipo tóxico, deteriorando el desarrollo de la fauna y flora local, la salud de los trabajadores y de la población aledaña. En algunos casos, como es sabido, los metales pesados que absorbe la fauna son bioacumulados por la flora y fauna, generando posteriores problemas en la salud de la población que los consume de manera habitual. Además, se generan efectos de tipo estético por la modificación del paisaje y la transformación de las características naturales del medio.

Algunos de los riesgos específicos que podemos relacionar con la Gran Minería del Cobre, gran parte de ellos, posibles de verificar en el caso de estudio, son: la liberación de sustancias tóxicas al medio natural, el riesgo de accidente por transporte de material tóxico, las descargas de drenaje ácido de las minas ("aguas ácidas"), el riesgo de catástrofe ambiental por concurrencias naturales (por ejemplo, un terremoto, un aluvión, etc.), el riesgo de la exposición humana a materiales tóxicos y al ruido, y la emanación de material particulado, entre otros.

Por otra parte, es claro que el agua es un insumo fundamental para el desarrollo de toda operación minera. Sin agua no hay minería. Sin embargo, es un recurso escaso, principalmente en las zonas mineras del norte del país por el hecho de ubicarse en el desierto más árido del mundo y porque se debe compartir su uso con otros sectores productivos.

En consecuencia, un hecho preocupante es que se agudicen los problemas de escasez de agua en la zona norte de nuestro país, a partir de problemas de contaminación de cauces generados por la disposición de relaves y desechos. Las actividades mineras usan considerables cantidades de agua, que en ciertos casos son depositadas en cursos naturales, contaminando aguas y suelos.

Por tales circunstancias el monitoreo de la contaminación de agua se ha convertido en un tema de relevancia en el sector minero, dada la escasez del recurso en las regiones mineras del norte y de la competencia con otras necesidades alternativas tales como el consumo humano o las actividades agrícolas. La eficiencia en el uso del agua es un tema acuciante y particularmente importante en las regiones I y II.

En el caso del Río Loa, éste abastece con sus aguas a las localidades de Lasana, Chiu Chiu, Calama, Quillagua, Chacance, Toconce, Ayquina, María Elena, Tocopilla y Antofagasta. Dicho abastecimiento se distribuye de la siguiente manera: la agricultura

2 Durán, Hernán. "Impacto ambiental de la actividad minera en Chile: Balance preliminar", en *Ambiente y Desarrollo*, Vol. VI - N° 1; Abril, 1990, pp. 65-76.



ocupa un 34.3% de las aguas, el agua potable se adjudica un 36.2% y los usos minero-industriales alcanzan un 29.5%. Por su parte, considerando que este río se encuentra inserto en un área de extrema aridez, constituye un corredor biológico de gran relevancia para el desarrollo de la flora y fauna de la zona.

La catástrofe ambiental del Río Loa comenzó en el año 1997, cuando se produjo el primer evento de contaminación de las aguas del río Loa con componentes químicos utilizados en la gran minería. Contaminantes como el xantato, el isopropanol, detergentes y metales pesados, provocaron la muerte biótica del río, impactando severamente la economía local. Las familias de camaroneros, perdieron su fuente de subsistencia y los campos de cultivos fueron quemados por los contaminantes disueltos en las aguas del río.

Los efectos de la contaminación de 1997 conllevaron a que las familias de Quillagua, localidad ubicada en la comuna de María Elena, Segunda Región de Chile, se vieran impedidas de realizar sus actividades productivas tradicionales por lo cual a la gran mayoría de los agricultores de Quillagua sólo les quedó vender los derechos de agua como última solución a su crisis.

La insalubridad del agua del río ha hecho que en la actualidad los pobladores de Quillagua sólo reciban agua de bebida llevada por un camión cisterna de la Municipalidad de María Elena, cuya capacidad está limitada exclusivamente para la supervivencia humana y no así para animales de crianza.

El presente artículo pretende demostrar que en Chile no hay compatibilidad de la minería con la agricultura cuando el agua es escasa y, por ende, no tiene compatibilidad con el desarrollo comunal local, como bien lo demuestra el caso de Quillagua.

A continuación explicaremos en qué consiste el marco conceptual que hemos escogido para desarrollar el estudio jurídico de los costos ambientales generados por la gran minería en la comuna de María Elena. Para ello desarrollaremos brevemente el concepto de justicia ambiental y el marco regulatorio e institucional ambiental para las actividades mineras. Luego, procederemos al análisis de la aplicación de dicha regulación en la zona de María Elena.

II. LA JUSTICIA AMBIENTAL

Ejemplos de situaciones de injusticia ambiental en Chile abundan. Tales son, por nombrar algunos, la construcción de autopistas urbanas en Santiago,³ la localización de vertederos y plantas de tratamiento de aguas servidas en la Región de la Araucanía,⁴ la ubicación de las plantas de la industria salmonera en la Región de los Lagos⁵, o la zona de la Quinta Región correspondiente al complejo industrial

³ Ver Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006. Capítulo de Medio Ambiente (Santiago, 2007), pp. 206-209. La construcción de autopistas urbanas en Santiago se propuso como una solución para disminuir la congestión vehicular y mejorar la calidad de vida de los habitantes de la ciudad. Sin embargo, estas obras han causado impactos socioeconómicos y ambientales en las comunidades aledañas a las autopistas, que han debido soportar los costos de esta iniciativa.

⁴ Ver Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Hechos 2007. Capítulo de Medio Ambiente (Santiago, 2008), pp. 521-528. En la región de la Araucanía se han generado importantes conflictos por la ubicación de basurales y plantas de tratamiento de aguas servidas que se han instalado al interior o de manera aledaña a comunidades mapuches, y que benefician a comunas de toda la región.

de Ventanas y Puchuncaví.⁶ Todos estos casos reflejan de una u otra manera una distribución inequitativa de los costos ambientales dentro de la sociedad.

Una situación de justicia ambiental, en cambio, procuraría igualar las cargas de contaminación, el desarrollo nocivo y el agotamiento de los recursos entre todos los miembros de una sociedad, promoviendo una mayor participación de la comunidad en las decisiones que la puedan afectar.

En este contexto es que se inserta el concepto y objetivo de la justicia ambiental.⁷ Aunque esta idea no ha sido parte esencial del debate ambiental en Chile, ha tenido un importante desarrollo en otros países. En particular, ha sido en Estados Unidos donde mayor debate ha generado tanto a nivel social y académico como político y jurídico. Algunos autores han definido este concepto distinguiendo entre “racismo ambiental”, “equidad ambiental” y “justicia ambiental”.⁸ La primera acepción consiste en la decisión deliberada de situar a ciertos grupos en lugares cuyo uso no es deseado, llevando a una exposición desproporcionada de estos grupos a riesgos ambientales. La segunda, por su parte, consiste en la igual protección de las personas por parte de la legislación ambiental, y la tercera, esto es, la “justicia ambiental” propiamente tal, supone que todos tengan acceso a vecindarios seguros y limpios, trabajos adecuados, escuelas de buena calidad y comunidades sustentables.

El origen de este concepto se dio en EE.UU a fines de la década de los setenta como una manifestación de la nueva dirección que tomaron los grupos ambientalistas. En esa época el movimiento ambientalista norteamericano cambió su tradicional enfoque dirigido principalmente hacia la “conservación” de la vida silvestre por una preocupación hacia los grupos más vulnerables de la sociedad y su calidad de vida. Se reconoce entonces que estos grupos se han visto afectados especialmente por la contaminación ambiental y la depredación de los recursos naturales en los lugares en que viven, fenómeno cuyo origen se vincula con el desarrollo industrial ocurrido durante la mayor parte del siglo XX. Dicho desarrollo habría tenido lugar sin cortapisas ni regulaciones que permitieran la internalización de los costos de dicho proceso por parte de quienes los generaban. Se inicia entonces un movimiento social por la justicia ambiental cuyo objetivo principal es obtener una distribución más equitativa de las cargas y beneficios ambientales.

La definición más conocida de “justicia ambiental” es la que da la *Environmental Protection Agency* (EPA) de EEUU que adhiere al enfoque que distingue dos aspectos esenciales: distribución y participación. Así sostiene que se trata del “trato justo y participación significativa de todas las personas, sin importar su raza, color, nacionalidad, o nivel de ingresos, en el desarrollo, implementación y aplicación de

5 *Ibid.*, pp. 528-534. Los diferentes proyectos que la industria salmonera ha desarrollado en la región de los Lagos han afectado, con particular fuerza, a ciertas comunidades huilliche ya que se han instalado a escasos metros de sus casas generando diversos impactos sociales y ambientales.

6 Sobre este caso de concentración de industrias y centrales termoeléctricas en una zona, ver los trabajos publicados en Sabatini, F. y Sepúlveda, C. (Eds.), *Conflictos Ambientales. Entre la Globalización y la Sociedad Civil* (Publicaciones CIPMA, 1997) pp. 107- 140; 141-156; y 195-218.

7 Sobre el concepto de justicia ambiental ver Hervé, D. “Noción y Elementos de la Justicia Ambiental: Directrices para su aplicación en la Planificación Territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Volumen XXIII, N°1, julio 2010, pp. 9-36.

8 Helfand, G. & Peyton, J., “A Conceptual Model Of Environmental Justice”, en *Social Science Quarterly*, Volume 80, N° 1 (March 1999), p.70.



las políticas, leyes y regulaciones ambientales”⁹. Luego define en particular “trato justo” y “participación significativa”.¹⁰

El caso de la comuna de María Elena y los impactos sociales y ambientales de la actividad minera en dicha zona, puede constituir un ejemplo más de “injusticia ambiental”. Es por ello que el estudio del que se da cuenta aquí toma este enfoque para evaluar el marco regulatorio e institucional ambiental aplicable a la minería.

A. Marco Regulatorio e Institucional Ambiental para Actividades Mineras

Este ordenamiento incluye desde disposiciones constitucionales hasta resoluciones administrativas. En efecto, de acuerdo con la Constitución Política de la República, el Estado es el único dueño de todos los minerales, con independencia de la titularidad del terreno superficial. Sin embargo, el Código de Minería y la Ley No 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras permite a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, realizar prospecciones y explotaciones de minerales bajo un sistema de concesiones (de exploración y de explotación). A su vez, se regulan aspectos sobre seguridad minera, que incluyen ciertas obligaciones ambientales relacionadas con emisiones de contaminantes, residuos industriales o mineros y ciertas obligaciones en materia de cierre de faenas mineras.¹¹ Por su parte, el Código de Aguas regula los llamados derechos de aprovechamiento de aguas, cuya propiedad privada está garantizada por la Constitución, y que constituyen un derecho esencial para el desarrollo de la actividad minera.

Sin embargo, los instrumentos jurídicos más relevantes aplicables a la minería desde la perspectiva ambiental están establecidos en la Ley No 19.300 de 1994, de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) y su reciente modificación.¹² Nos referimos especialmente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y a los Planes de Descontaminación. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de no constituir propiamente un instrumento de gestión ambiental, los derechos de aprovechamiento de las aguas, como ya se señaló, constituyen un instrumento esencial que influye directamente en la regulación de los impactos ambientales y sociales derivados de la minería.

A continuación se analizará brevemente si el SEIA, los Planes de Descontaminación y los Derechos de Aguas contemplan mecanismos que permitan incorporar a su aplicación el concepto de la justicia ambiental o si, por el contrario, su marco regulatorio no recoge aquellos elementos básicos para que la gestión ambiental de la minería se pueda hacer cargo de los impactos y efectos asociados a la inequidad

⁹ Traducción propia de la definición en inglés “fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws, regulations, and policies”, extraída del documento elaborado por el National Environmental Justice Advisory Council, “Meaningful involvement and fair treatment by tribal environmental regulatory programs” (October 2004), p. 5, disponible en: <http://www.epa.gov/environmentaljustice/resources/publications/nejac/ips-final-report.pdf> (29/08/2011).

¹⁰ Ídem. Según la EPA, “Trato justo” significa que ningún grupo de personas, incluidos los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, deben soportar una parte desproporcionada de las consecuencias ambientales negativas como resultado de las operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas federales, estatales, locales y programas y políticas ambientales tribales. “Participación significativa” significa que: 1) potenciales residentes de la comunidad afectada tienen una oportunidad de participar en las decisiones sobre la actividad propuesta que afectará a su entorno y/o de salud, 2) la contribución del público puede influir en la decisión del organismo regulador, 3) las preocupaciones de todos los participantes se tendrán en cuenta en el proceso de toma de decisiones, y 4) la toma de decisiones buscar y facilitar la participación de las personas potencialmente afectadas.

¹¹ D.S. 132/2004, del Ministerio de Minería, Aprueba Reglamento de Seguridad Minera, publicado en el Diario Oficial el 07 de febrero de 2004.

¹² Ley 20.417 de 2010, publicada en el Diario Oficial de 26 de enero de 2010.

en la distribución de las cargas ambientales en esa actividad económica.

B. La Justicia Ambiental y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

El SEIA constituye un instrumento de gestión ambiental que tiene por objeto la incorporación de la variable ambiental (entendida desde una perspectiva amplia, dado el concepto de medio ambiente existente en nuestra legislación)¹³ en la evaluación y autorización de determinados proyectos de inversión.¹⁴ Dentro de estos proyectos se contempla a los “proyectos de desarrollo minero”, *incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda.*

En cuanto a la incorporación del concepto de justicia ambiental, el SEIA no parece haber constituido hasta ahora un instrumento idóneo ni adecuado.¹⁵ En efecto, el SEIA no incluye ni considera dentro de sus objetivos el análisis de los potenciales efectos distributivos de un proyecto de inversión sometido a evaluación ambiental. Es decir, el SEIA no evalúa la distribución de los impactos ambientales o de los costos ambientales entre los grupos sociales o dentro de un territorio. Además, el SEIA no permite evaluar los efectos acumulativos de los proyectos sometidos al mismo lo que hace todavía más difícil la tarea de evitar, a través de este instrumento de gestión, eventuales desequilibrios en los efectos distributivos de un proyecto de inversión.¹⁶ Otro tanto podría afirmarse en cuanto a que el SEIA no exige al titular evaluar alternativas al proyecto sometido a evaluación.

Sin embargo, a pesar de no tratarse de un instrumento de gestión que persiga lograr situaciones de justicia ambiental, se debe tener presente que el SEIA puede contribuir, aun cuando de manera parcial y quizás insuficiente, en la aplicación de la misma. Desde ya es clara su relevancia en materia de participación ciudadana (dimensión participativa de la justicia ambiental) y, quizás también en materia de distribución de costos y beneficios ambientales (dimensión distributiva) a través de las medidas de compensación ambiental.¹⁷

Dicho esto si uno revisa, sin embargo, la aplicación del SEIA en el país en los últimos años, se puede constatar que este instrumento de gestión ambiental ha servido de marco institucional para el desarrollo de una serie de conflictos que manifiestan

13 Artículo 2 Letra II) de la Ley N° 19.300: “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”.

14 Aquellos establecidos en el artículo 10 de la LBGMA y en el artículo 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (DS 95/01 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 7 de diciembre de 2002).

15 Sobre la incorporación de la justicia ambiental en la Ley 19.300 y su reforma ver Hervé, D., “El Desarrollo Sustentable y la Justicia Ambiental en la Ley 19.300 y en el Proyecto de Reforma”, en Programa de derecho y Política Ambiental, Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y Fundamentos, Ediciones UDP, 2010, pp. 265-288.

16 Por ejemplo, una de las críticas que ha recibido el EIA del proyecto Hidroaysén en la XI región, donde se pretende instalar 5 centrales hidroeléctricas en los ríos Baker y Pascua para abastecer al SIC de energía eléctrica a través de una línea de transmisión de 2000 kilómetros, es precisamente la falta de evaluación de los impactos acumulativos del proyecto; en efecto, las centrales y la línea de transmisión serán sometidas al SEIA de forma separada.

17 Se entiende por medidas de “compensación” aquellas que tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado. Dichas medidas se expresarán en un plan de medidas de compensación, el que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad (artículo 60 del D.S. 95/01, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental).



situaciones de injusticia ambiental. Por ejemplo, se pueden mencionar los problemas sociales surgidos a partir del proyecto minero Pascua-Lama; el proyecto de la Celulosa Arauco en Valdivia; los proyectos de grandes centrales hidroeléctricas como el caso de Ralco; o el proyecto de la Autopista Acceso Sur a Santiago.¹⁸ En todos estos casos los conflictos surgieron en gran parte por la distribución inequitativa de los costos ambientales que generaban estos proyectos y por la ausencia de una participación informada y que realmente tuviese incidencia al momento de adoptar las decisiones ambientales.

Lo que aquí se manifiesta no es exclusivamente un problema del SEIA, sino algo más profundo y que obedece a la ausencia de instrumentos de gestión ambiental que permitan hacerse cargo de la equidad o de la justicia ambiental. Una excepción reciente a esta realidad de nuestra legislación ambiental, la constituye la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Este instrumento busca, a través de la evaluación ambiental de políticas, planes y programas, abordar aspectos de distribución de cargas ambientales (tales como la evaluación de los impactos ambientales acumulativos en el tiempo y en el espacio o los impactos sinérgicos). Este instrumento no se contemplaba en nuestra legislación sino hasta la reciente Ley N° 20.417 que modifica la Ley N° 19.300 y lo añade (aunque principalmente de manera voluntaria).

La nueva ley ambiental incorpora también una serie de disposiciones que permiten sostener que el SEIA podría empezar a abordar problemáticas de **justicia distributiva** en materia ambiental. Por ejemplo, la nueva exigencia de pedir un informe al Gobierno Regional o a la Municipalidad sobre la compatibilidad territorial del proyecto sometido a evaluación ambiental o la necesidad de considerar las políticas y planes evaluados estratégicamente en la formulación de todo proyecto que se somete al SEIA.

Por otra parte, las modificaciones en materia de participación ciudadana dentro del SEIA también se podrían interpretar como un fortalecimiento de la dimensión participativa de la justicia ambiental. La **justicia participativa**, es aquella que busca asegurar la existencia de un diseño institucional y procedimental que garantice a la ciudadanía la igualdad de oportunidades en la toma de decisiones ambientales, al punto que, cuando la autoridad ambiental deba resolver un asunto específico, los planteamientos de los ciudadanos tengan tanto peso como los de los expertos.¹⁹ Se trata de concederles facultades de incidencia real en los procesos de toma de decisiones, de forma que sus propuestas se ponderen en un plano de igualdad respecto de cualquier otro punto de vista.

En cuanto a la justicia participativa, al artículo 29 de la ley, que regula la participación ciudadana en los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), se agrega el siguiente inciso segundo: *“Si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos”*.

¹⁸ Ver, Universidad Diego Portales, 2008, ob. cit. pp. 161 - 212; y Universidad Diego Portales, 2009, ob. cit. pp. 505 - 538.

¹⁹ Ver Shrader - Frechette, K., ob. cit. p. 28.

Con ello se incorpora la participación ciudadana en las etapas posteriores de tramitación y evaluación de los estudios cuando éstos sean objeto de adendas, aunque no en todos los casos, sino sólo cuando las modificaciones afecten “sustantivamente” el proyecto.

Por otra parte, la nueva ley añade a las funciones del Servicio de Evaluación Ambiental la de fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de “proyectos”. Es decir, esta facultad ya no se circunscribe únicamente a la evaluación de EIA. El artículo 30 bis dispone que: *“Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas”*. Los incisos siguientes de este artículo regulan este proceso de participación en los mismos términos que se han establecido para los EIA, obligando al organismo competente a abrir una nueva etapa de participación ciudadana si durante el procedimiento la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) ha sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto; esta vez por diez días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación. Para ello, eso sí, la autoridad ambiental debe haber decretado inicialmente la realización de un proceso de participación ciudadana. Por lo demás, se remite al reglamento para determinar qué tipo de modificaciones serán consideradas “sustantivas”. Quizás lo más interesante de esta nueva disposición dice relación con el concepto de “carga ambiental” que de acuerdo con la ley se entenderá que *provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación*. Es decir, apunta precisamente a la idea de la distribución de los costos ambientales generados por un proyecto.

Por último, la nueva ley busca igualar a la ciudadanía con los titulares de proyectos en cuanto a la procedencia, órgano resolutorio y plazos de los recursos de reclamación en contra de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA). A su vez, modifica la fórmula en que la autoridad debe hacerse cargo de las observaciones ciudadanas en la adopción de la decisión final sustituyendo la obligación de “ponderación” de las mismas por la obligación de la autoridad de *“considerar las observaciones como parte del proceso de calificación y hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución”*.

Aquí, sin embargo, se puede identificar una debilidad importante en la consagración de la dimensión participativa de la justicia ambiental. Esto es, que la diferencia semántica entre los verbos “ponderar” y “considerar” obviamente no implica un cambio necesario ni concreto en el valor que la autoridad debe conceder a las observaciones ciudadanas, pues éstas siguen siendo jurídicamente no vinculantes en la toma de decisión final.²⁰ A su vez, el hecho que la participación en las DIAs quede sujeta a la discrecionalidad de la autoridad, debilita el alcance que se podría haber

²⁰ No parece clara la diferencia entre las palabras “ponderación” y “consideración”, ni se entiende cual fue la intención de la modificación. Sin embargo, estos conceptos son usados en la teoría del derecho para referirse a la forma de solucionar los conflictos que puedan existir entre diversos principios o reglas contradictorias. El primero (ponderar) apunta a que se debe priorizar, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, entre los distintos principios aplicables. La segunda (considerar), apunta más bien al hecho que se deben tener en cuenta todas las reglas o principios, pero no necesariamente aplicarlas.



logrado en cuanto a la inclusión, con esta modificación legal, de criterios de justicia en nuestra institucionalidad ambiental.

C. La Justicia Ambiental y los Planes de Descontaminación

Los planes de descontaminación son los instrumentos de gestión ambiental que tienen por objeto volver a cumplir con la norma de calidad ambiental cuando ésta ha sido superada en una determinada zona.

Vimos como la idea de justicia ambiental apunta a la distribución de las cargas ambientales, sin embargo, en realidad este concepto va mucho más allá ya que exige que estas cargas no se acepten en niveles no tolerables. Es decir, la población no se debe ver afectada por situaciones de riesgo o daño ambiental que superen los niveles aceptables. Los planes de descontaminación tienen por objeto precisamente fijar metas que permitan suprimir efectos agudos que no deben ser tolerados por la población, y por lo tanto los esfuerzos del Estado van dirigidos a mitigarlos hasta niveles aceptables, es decir, hasta suprimir niveles de riesgo que no sean tolerables.

Fuera de su objetivo que consiste en lograr la vigencia de un piso mínimo ambiental para toda la población, sin distinciones, la regulación de estos planes²¹ contiene algunos elementos de la dimensión participativa y distributiva de la justicia ambiental. En efecto, dentro de las etapas de elaboración de un plan de descontaminación se contempla la etapa de consulta pública. A su vez, cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al plan dentro de esta etapa de sesenta días desde la publicación del extracto de la resolución que aprueba el anteproyecto en el Diario Oficial. Dichas observaciones deberán ser analizadas en la elaboración del proyecto definitivo del plan.

La dimensión distributiva, aunque de manera imperfecta, también se puede percibir en algunas disposiciones relativas al contenido del Plan. Por ejemplo, la exigencia de establecer iguales proporciones de reducción de emisiones para las actividades responsables de las emisiones, o el establecer límites máximos de concentración en las fuentes emisoras por cada tipo de contaminante regulado, concentración que deberá ser igual para todas las fuentes emisoras de similares características, constituyen aparentemente manifestaciones de equidad en la distribución de ciertas cargas, pero aquí no se trata de distribuir equitativamente las externalidades ambientales negativas entre quienes las sufren sino que más bien de distribuir los costos de la descontaminación entre quienes la producen.

D. La justicia ambiental y los derechos de aguas

El sistema regulatorio adoptado por el Código de Aguas de 1981 consiste básicamente en el fortalecimiento de los derechos de propiedad privada sobre las aguas y busca constituir un mercado en el que se transen y negocien dichos derechos entre los distintos particulares/usuarios.²² A pesar que tanto el Código Civil como el

²¹ Artículos 43 a 48 bis de la Ley de Bases del Medio Ambiente y DS 94 de 1995, Reglamento que fija el procedimiento para establecer planes de prevención y descontaminación, publicado en el Diario Oficial de 26 de octubre de 1995.

²² El Código de Aguas se aplica a todos los sectores de usuarios de agua, incluyendo agricultura, agua potable, industria, minería y energía hidroeléctrica. Ver Budds, J., "Derechos de agua, pobreza y manejo ambiental en Chile: recursos hídricos, minería y pueblos indígenas en el Norte Grande", en Congreso Internacional WALIR sobre "Pluralismo Legal, Reforma Hídrica y Políticas de Reconocimiento", 28-30 de noviembre de 2006, Cuzco, Perú, pp.157-174.

Código de Aguas declaran que *“las aguas son bienes nacionales de uso público y por tanto de dominio de la nación toda”*, se concede a los particulares el derecho de aprovechamiento de aguas, derecho que otorga el uso exclusivo del agua y que se puede transferir libremente como cualquier otro bien. De acuerdo con la Constitución Política de la República estos derechos otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos, derecho que se encuentra protegido por la garantía constitucional del artículo 19 N° 24.²³ Otra característica esencial del sistema es que se separan los derechos de aguas de la propiedad de la tierra.

Con respecto a las consecuencias ambientales y sociales de los derechos de agua, se debe señalar que en su origen, el Código de Aguas no incluyó temas de protección ambiental o de la calidad de las aguas. Sin embargo, con la reforma del 2005 se incorporó el concepto del *“caudal mínimo ecológico (CME)”*. Así, la Dirección General de Aguas (DGA), al constituir nuevos derechos de aprovechamiento, debe establecer un caudal ecológico mínimo el cual no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial.²⁴ Esta medida apunta a garantizar las propiedades básicas de los ecosistemas acuáticos. Sin embargo, a pesar de la determinación que haga la DGA, si los derechos de aprovechamiento que tienen establecido un CME se van a utilizar en alguno de los proyectos que deben ingresar al SEIA, la correspondiente resolución de calificación ambiental (RCA) determinará el caudal ecológico que deberá respetar el proyecto aprobado. Lo anterior implica que en definitiva podrá existir un CME para el uso de un derecho de agua en un proyecto determinado que sea más o menos estricto que el originalmente establecido por la autoridad de aguas para ese derecho en particular.

Con respecto a la calidad del agua, el instrumento de gestión que se aplica es el de las Normas de Calidad, reguladas por la Ley de Bases del Medio Ambiente y su respectivo Reglamento.²⁵

Por lo tanto, el régimen jurídico sobre los derechos de aprovechamiento de aguas instalado en Chile a partir de 1981 ha establecido un sistema de asignación de un recurso natural basado en la propiedad privada, en el mercado y en la eficiencia económica. Tal cual como ha sido establecido este sistema no se ocupa de los efectos distributivos (sociales y ambientales) que genera la asignación de derechos a través del mercado.

En efecto, se ha sostenido que *“las medidas legales e institucionales para otros temas de gestión de las aguas fueron o bien pasados por alto, o simplemente dejados en manos del libre mercado. Los problemas de la gestión de las cuencas hidrográficas de los ríos, la coordinación de los usos múltiples, la resolución de conflictos, las externalidades económicas y ambientales, etc. tendrían que ser abordados con*

23 Artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

24 Artículo 129 bis 1 del Código de Aguas. Excepcionalmente el CME podrá ser superior pudiendo llegar al 40% del caudal medio anual.

25 Hasta la fecha son muy pocas las normas de calidad de las aguas que se han dictado, como las normas de calidad primaria para la protección de las aguas marinas y estuarinas aptas para actividades de recreación con contacto directo (Decreto 144/08 del Ministerio General de la Presidencia, de 7 de abril de 2009) y las normas de calidad primaria para las aguas continentales superficiales aptas para actividades de recreación con contacto directo (Decreto 143/08 del Ministerio General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 27 de marzo de 2009), sin perjuicio que existen algunos procedimientos de elaboración ya iniciados. Solamente se tiene conocimiento de un anteproyecto de norma de calidad para las aguas del río Loa, “Norma Secundaria de Calidad de Aguas del Río Loa, en el Sector Silvoagropecuario”. Esta investigación no ha tenido acceso al texto de la misma.



el marco general de la Constitución de 1980, que estableció fuertes derechos de propiedad privada y de libertad económica, débiles agencias reguladoras gubernamentales y un poderoso pero incompetente sistema judicial".²⁶

Así, los impactos de los mercados de agua en el medio ambiente, en la pobreza rural y en la equidad social en Chile han recibido poca atención.²⁷ Entre los impactos que habría ocasionado el Código de Aguas en los agricultores de menos recursos se menciona el no haber contado en su momento con información, consejo o ayuda para ajustarse a la nueva ley, lo que en la práctica significó que no defendieran sus derechos consuetudinarios sobre las aguas. Por otra parte, también constituyen manifestaciones de injusticia ambiental el hecho que generalmente estos agricultores no pueden participar en el mercado de aguas sino como vendedores (y sólo en la medida que tengan títulos legales respecto de los derechos de aguas) por que no tienen recursos para comprar derechos y, además, porque carecen de la influencia social y política necesaria para defender sus intereses eficazmente en el actual contexto regulador (en el cual el poder de negociación privado es crucial).²⁸

Así, se puede constatar que los mecanismos regulatorios que contempla la legislación de aguas para resolver conflictos en esta materia tienen por objeto fundamentalmente proteger a los titulares del derecho de aprovechamiento en el uso y goce de su derecho de propiedad.²⁹ Cualquier conflicto entre usuarios de un curso de aguas dependerá finalmente de la negociación privada voluntaria entre los dueños de derechos de agua. Sólo cuando la negociación privada falla las partes en conflicto deben dirigirse al sistema judicial.³⁰

III. ANÁLISIS DEL SEIA EN LA PRÁCTICA: LAS RCA DICTADAS PARA PROYECTOS MINEROS EN LA COMUNA DE MARÍA ELENA

A. Consideraciones generales

Los impactos ambientales de la minería en la comuna de María Elena están distribuidos fundamentalmente en el pueblo de María Elena y en la localidad de Quillagua, con casi 100 kilómetros de distancia entre ambos lugares. En el caso de María Elena se sienten en la calidad del aire; mientras que en Quillagua, afectan a la calidad y caudal de las aguas del Loa.³¹

²⁶ Bauer, C., Canto de Sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales, RFF Press, EE.UU., 2004, p. 82.

²⁷ *Ibidem*, pp.141 y ss.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Se trata de procedimientos administrativos que se siguen ante la DGA. De dichas resoluciones se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución que se impugna. También se consagran procedimientos judiciales destinados a la protección de los derechos sobre las aguas: un procedimiento general sumario ante el juez de letras del domicilio en que se encuentra el predio del demandado en todos los casos de controversia judicial sobre aguas; un conjunto de acciones llamadas "posesorias" a favor del afectado por las obras que se ejecutan en los cauces; y el amparo de aguas, sistema a favor de los titulares de derechos de aguas que sean afectados por actos de terceros. En el fondo este último se trata de una acción posesoria destinada a proteger el ejercicio material del derecho de aprovechamiento de aguas cuando es afectado por obra o hecho de terceros. Ver Segura, F., Derecho de Aguas, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 137-155.

³⁰ Bauer, C., *ob.cit.*

³¹ De acuerdo con la información identificada para este estudio (primaria y secundaria), los impactos en el pueblo de María Elena provienen fundamentalmente de la actividad de chancado de Caliche por parte de SQM, que redundó de manera directa en la calidad del aire de la localidad. En cambio, en Quillagua, los impactos ambientales más graves se han dejado sentir en la calidad y cantidad de agua del río Loa, como consecuencia, fundamentalmente, de la actividad minera aguas arriba, lo que ha redundado en la imposibilidad de continuar con la ancestral actividad agrícola de la zona.

Por consiguiente, las RCA que interesan para efectos de evaluar y analizar sus *medidas de mitigación, reparación y compensación así como las medidas de carácter voluntario*, que se hayan adoptado, son aquellas que corresponden a proyectos que se ejecuten en las comunas de María Elena, Calama y Ollagüe y que hayan sido sometidos al SEIA mediante un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental. En conjunto, consideramos que representan una muestra significativa de los impactos ambientales más importantes en la comuna de María Elena.³²

Junto al análisis de las medidas de mitigación, reparación y compensación contenidas en las RCA identificadas, verificaremos, cuando quepa, su cumplimiento y fiscalización por parte de la autoridad (monitoreos, inspecciones, sanciones administrativas, etc.).

A lo anterior, se añade una relación de los recursos administrativos y de las acciones judiciales interpuestas en contra de las RCA, y, si hubiere, de aquellas otras acciones judiciales que pueden estar fuera del contexto del SEIA.

Las RCA, sus medidas dirigidas a mitigar, reparar y compensar, la fiscalización y seguimiento de las mismas y las acciones administrativas y judiciales, entregan en conjunto un panorama que permite juzgar si las decisiones ambientales envueltas en los proyectos mineros que afectan a la comuna de María Elena se ajustan al enfoque de la justicia ambiental o si, por el contrario, las consideraciones relativas a la distribución de los costos ambientales no han sido debidamente consideradas por los mecanismos legales aplicables.

Creemos que una buena forma de enfrentar el conjunto de RCA analizadas, es clasificarlas por comuna y por actividad, de manera de poder apreciar cómo afecta e impacta una determinada actividad minera a la población y al medio ambiente del pueblo de María Elena y de la localidad de Quillagua.

Como se dijo, las comunas examinadas son María Elena, Calama y Ollagüe. En lo que respecta a las principales actividades mineras calificadas ambientalmente, podemos distinguir: 1) chancado de caliche; 2) explotación de cobre; y 3) relaves mineros.³³ En cada una de ellas veremos los puntos señalados más arriba.

Previo al análisis de las actividades clasificadas, es pertinente apuntar qué se entiende por una RCA y qué por medidas de mitigación, compensación y reparación. Asimismo, parece oportuno describir brevemente el sistema de impugnación de las RCA.

B. Las RCA y las medidas de mitigación, compensación y reparación

La RCA es una resolución reglada, lo que supone que no existe margen de discrecionalidad de la autoridad cuando esta aprecie la legalidad del impacto que genera una actividad determinada. Por consiguiente, el impacto será permitido o no,

³² Los impactos en la cuenca del Río Loa son el resultado en gran parte de las actividades mineras emplazadas en las comunas que rodean la cuenca. Sin embargo, para efectos de este estudio, nos hemos concentrado exclusivamente en las comunas de María Elena, Calama y Ollagüe, dejando fuera a la comuna de Tocopilla porque se encuentra aguas abajo de la localidad de Quillagua. También hemos dejado a un lado la comuna de Sierra Gorda – al sur de María Elena y de Calama – porque estimamos que las actividades mineras ahí ubicadas no alteran ni la calidad ni el caudal del Río Loa y por consiguiente no afectan a la comuna de María Elena, objeto del presente estudio.

³³ También existen canteras de mármol que es una actividad relativamente contaminante de las aguas del Loa pero que en comparación con la minería del cobre y los relaves, no merece atención especial.



es decir, será legal o no, y conforme a ello la autoridad deberá resolver.³⁴

La casi totalidad de los proyectos mineros impactan el medio ambiente y sin embargo no todos exigen ser aprobados con “Planes de medidas de mitigación, reparación y compensación”, dado que sólo aquellos proyectos que entren al SEIA a través de un EIA, requieren de tales Planes.

El artículo 11 de la Ley No 19.300 enumera los efectos, características y circunstancias que exigen – en caso que al menos alguno de ellos se genere – someter un determinado proyecto a un EIA. Todos ellos son más o menos pertinentes para este estudio.

Por su parte, las medidas de mitigación, compensación o reparación están definidas en el Reglamento del SEIA, artículos 57 y siguientes.³⁵ De acuerdo con estas normas: *Las **medidas de mitigación** tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución; Las medidas de reparación y/o restauración tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas; y Las medidas de compensación tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado.*

Por consiguiente, si una inversión minera cumple con la normativa ambiental y afronta los efectos del artículo 11 de la Ley No 19.300 por medio de Planes de mitigación, reparación y compensación, el proyecto será aprobado. Sin embargo, lo anterior no asegura ni el debido cuidado del medio ambiente, ni el debido resguardo de la población afectada por el proyecto, ni tampoco asegura evitar eventuales daños ambientales. Este formalismo exige apuntar algunas consideraciones previas.

En primer lugar, se puede apreciar que las medidas y sus planes están orientadas a hacer frente a los *efectos adversos significativos* de un determinado proyecto, donde lo “significativo” no se encuentra definido en la Ley No 19.300 pero sí en el artículo 6 de su Reglamento, el que contiene un catálogo cerrado de situaciones que permiten advertir algún efecto adverso significativo, restringiendo la discrecionalidad de la autoridad para evaluar el grado o la significancia de dichos efectos adversos. Por otra parte, si bien es la autoridad quien evalúa si concurre algún efecto de los descritos en el artículo, es el titular del proyecto quien entrega la información para dicha evaluación. El problema no es, sin embargo, que el titular entregue la información, dado que es él precisamente quien tiene la información, sino que el problema puede originarse en que dicha información no está sometida a una verificación de veracidad por parte de la autoridad y, por lo tanto, el efecto adverso puede originarse a pesar

³⁴ El antecedente directo de la RCA es el Informe Consolidado, con el cual concluye la evaluación del impacto ambiental propiamente tal. La resolución que contiene el informe consolidado es luego votada por la Comisión Regional de Evaluación (ex COREMA) respectiva. En principio, dado que la RCA es una resolución reglada, la autoridad simplemente debería ratificar lo obrado en el ámbito técnico; sin embargo, en la práctica administrativa, las RCA no operan de forma automática y es posible apreciar grados de discrecionalidad en la decisión.

³⁵ Decreto Supremo 95 de 2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. (D.O.7.12.2002). Este DS modifica el reglamento del SEIA de 1997. Sobre los efectos de este nuevo reglamento en la actividad minera, véase: Canut de Bon, A., “Aspectos relevantes de la modificación al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental aplicables a la minería”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003, n° 1, pp. 127-133.

de las medidas de mitigación, reparación y compensación aprobadas.³⁶

En segundo lugar, cuando la norma relativa a la reparación se refiere a “reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al *daño causado*” no supone necesariamente que las medidas de reparación signifiquen que el daño causado no pueda perseguirse por aquellos legitimados para exigir responsabilidad ambiental. En otras palabras, si bien existe correlación, no hay identidad entre el daño causado aludido en la norma y la reparación del daño causado que pueda perseguirse al margen de las medidas de reparación por medio de la acción judicial derivada del daño ambiental.³⁷ Esto es lo que se denomina impacto ambiental como *daño ambiental permitido*. Como se puede advertir, con esto no se “compensa” los problemas que puedan originarse con motivo de lo señalado en el párrafo anterior.

En tercer lugar, de acuerdo con el artículo 61 del Reglamento, las medidas de reparación y compensación sólo se llevarán a cabo en las áreas en que los efectos adversos significativos se *presenten o generen*, regla que probablemente fue concebida para evitar planes de reparación y compensación ubicados en zonas diferentes de las afectadas. Por consiguiente, si los efectos del impacto ambiental se presentan – es decir, se proyectan – en un lugar diferente de donde se generan, las medidas de reparación y compensación deberían alcanzar también dichas zonas. La contaminación del río Loa que afecta a Quillagua es precisamente un caso de proyección de los impactos ambientales más allá de donde estos se generan. No obstante, pareciera que la autoridad no ha exigido medidas para reparar ni compensar los impactos en la calidad ni caudal de las aguas del Loa, ni en la agricultura y en la salud de las personas, cuando suponen una alteración significativa del sistema de vida y costumbres del grupo humano de Quillagua.³⁸

En cuarto lugar y en parte en relación con lo anterior, las medidas de mitigación, reparación y compensación permiten la aplicación del enfoque de la justicia ambiental toda vez que del análisis específico de las mismas es posible advertir si la decisión de la autoridad de aprobar el EIA ha guardado un mínimo equilibrio en la distribución de las cargas ambientales. Un plan exigente en materia de mitigación, reparación y compensación, puede corregir las injusticias en relación con la distribución de los costos ambientales de las actividades mineras cuando éstos afectan a una población determinada. Por otro lado, de alguna manera estas medidas también permiten averiguar si las observaciones de la comunidad han sido debidamente recogidas por

36 Del conjunto de hipótesis del artículo 6 del Reglamento, resultan relevantes a efectos de este estudio, al menos, las siguientes: “A objeto de evaluar si se generan o presentan los efectos adversos significativos a que se refiere el inciso anterior, se considerará: a) lo establecido en las normas secundarias de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que se señalan en el artículo 7 del presente Reglamento; b) la composición, peligrosidad, cantidad y concentración de los efluentes líquidos y de las emisiones a la atmósfera; c) la frecuencia, duración y lugar de las descargas de efluentes líquidos y de emisiones a la atmósfera; d) la composición, peligrosidad y cantidad de residuos sólidos; e) la frecuencia, duración y lugar del manejo de residuos sólidos; y también “k) la cantidad y superficie de vegetación nativa intervenida y/o explotada, así como su forma de intervención y/o explotación; n) el volumen, caudal y/o superficie, según corresponda, de recursos hídricos a intervenir y/o explotar en: n.1. vegas y/o bofedales ubicados en las Regiones I y II, que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas; n.2. áreas o zonas de humedales que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas o superficiales; n.3. cuerpos de aguas subterráneas que contienen aguas milenarias y/o fósiles; n.4. una cuenca o subcuenca hidrográfica transvasada a otra; o n.5. lagos o lagunas en que se generen fluctuaciones de niveles.”

37 Véase, Bermúdez Soto, J., Fundamentos De Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2007, p. 197.

38 Véase en particular la letra c) del artículo 11 de la Ley No 19.300 y, en general, las letras a), b) y e), que también podrían ser invocadas para la situación de Quillagua.



el operador privado y por la autoridad.

En quinto lugar, las medidas de mitigación, reparación y compensación constituyen en conjunto una forma de evaluar el proyecto a través de un enfoque de costo-beneficio, aun cuando el SEIA no está diseñado para operar bajo este enfoque. No obstante, podría argumentarse que dichas medidas sumadas representan la manera de paliar las externalidades negativas ambientales y sociales, externalidades que representan un costo que la autoridad exigiría internalizar precisamente a través de este tipo de medidas.

Sin embargo, si lo anterior fuera correcto, igualmente el resultado sería incompleto e imperfecto, porque los impactos negativos en el ambiente de un proyecto determinado no son evaluados pecuniariamente en el contexto del SEIA y, por su parte, las medidas de mitigación y compensación exigidas tampoco lo son, lo que impide averiguar si las mismas se presentan como idóneas bajo un criterio costo-beneficio. Por otro lado, parece claro que las externalidades negativas de un proyecto superan con creces los eventuales beneficios de las medidas que comentamos, puesto que ellas están lejos de evaluar en toda su extensión si un determinado proyecto minero es eficiente en términos de costo-beneficio. Para ello habría primero que despejar, por una parte, si no existen proyectos alternativos menos costosos y, por otra parte, si los efectos acumulativos del proyecto han sido debidamente considerados, ambos objetivos ausentes en el SEIA.

Por último, resulta interesante notar aquí que la Ley No 20.417 incorporó un artículo 13 bis a la Ley No 19.300, que reconoce y regula una práctica más o menos difundida consistente en la negociación, entre el proponente de un proyecto y los afectados por el mismo (interesados, dice la Ley), de medidas de mitigación y compensación, exigiendo al proponente informar acerca de las negociaciones alcanzadas y sancionando como no vinculantes los acuerdos a que finalmente arriben las partes.³⁹ Probablemente con esta regla se busca poner coto a las negociaciones sobre medidas de mitigación y compensación realizadas fuera de la institucionalidad, evitando así posibles abusos derivados de la asimetría en el poder negociador así como en el nivel de información existente entre las partes.

C. Impugnabilidad de las RCA y otras acciones judiciales pertinentes

La RCA, como ocurre con todos los actos administrativos, es impugnabile. Las vías de impugnación se clasifican dependiendo de quién esté activamente legitimado para ejercer la acción o recurso administrativo de impugnación.

De acuerdo con el artículo 20 de la Ley No 19.300, corresponde al titular del proyecto el *recurso administrativo especial*, a través del cual se persigue una revisión de las razones de legalidad y/u oportunidad de la RCA. Con él, se agota la vía administrativa y se abre la posibilidad de una revisión jurisdiccional de lo resuelto ante el juez de letras competente: el recurso contencioso administrativo, mediante el cual el juez revisará la legalidad de la resolución.⁴⁰

³⁹ Artículo 13 bis.- "Los proponentes deberán informar a la autoridad ambiental si han establecido, antes o durante el proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental. En el evento de existir tales acuerdos, éstos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto o actividad".

⁴⁰ Estos recursos serán de competencia de los tribunales ambientales una vez que éstos sean creados.

Por su parte, las organizaciones ciudadanas y las personas naturales que hubieren participado del SEIA respecto de un EIA y que estimen que sus observaciones no fueron debidamente consideradas, pueden hacer uso del recurso administrativo especial ante el superior jerárquico que haya dictado la resolución. El objeto de este recurso administrativo es la simple enmienda de la RCA, no su nulidad (artículo 29 de la Ley No 19.300).⁴¹

En cuanto a los terceros afectados en sus derechos o intereses por una RCA, estos no cuentan con un recurso administrativo especial ni contencioso administrativo, aunque les resta la vía ordinaria administrativa y contenciosa, además de la acción de nulidad y el recurso constitucional de protección, cuando quepa.

D. Proyectos Mineros de la Comuna de María Elena

En la comuna de María Elena los proyectos de inversión que han sido sometidos al SEIA desde la constitución del mismo, corresponden fundamentalmente a proyectos de transporte de material o sustancias peligrosas, a proyectos relativos a la transmisión de energía eléctrica para la minería y a proyectos mineros.

Cabe destacar que en 2009 se aprobó el *Proyecto Eólico Quillagua* de 100 MW (RCA 125/2009), que se emplazará a escasos 2,5 kilómetros del poblado. El proyecto ingresó por DIA y por consiguiente no existen medidas de mitigación, reparación y compensación. Por otro lado, si bien la RCA señala que el proyecto supondrá la contratación de 100 trabajadores inicialmente y 12 para la manutención una vez finalizada la construcción del parque, nada se dice sobre si se capacitará a gente de Quillagua para operar en el parque ni si se verán beneficiados por la electricidad generada.

Si bien se han identificado diversos EIA y DIA mineros, para los efectos de este estudio se han escogido sólo aquellas RCA aprobadas más relevantes, en particular aquellas que califican ambientalmente un EIA, y que a continuación se analizan brevemente en función de la actividad de que tratan.

En cuanto al chancado de caliche en la comuna de María Elena, esta actividad se lleva a cabo de forma exclusiva por la empresa SQM. De acuerdo con el sitio en Internet de esa compañía, *“la palabra deriva del vocablo quechua, que inicialmente denominaba “cachi” a este mineral. En su lengua, significa sal. El término fue derivando en “calchi”, hasta que llegó a “caliche”, que es como se conoce hoy en día. Es un mineral que contiene altas concentraciones de nitrato y yodo (6-9% y 300-600 partes por millón, respectivamente) que se encuentran en capas de dos a tres metros de espesor y dos metros bajo la superficie del desierto. Debido a su poca profundidad, la extracción del mineral resulta relativamente fácil y eficiente, en función de los costos.*

⁴¹ Tras la reforma que introdujo la Ley No 20.417, “cualquier persona natural o jurídica, podrá formular observaciones al EIA”, lo que constituye un avance respecto a la participación ciudadana que rodeó las RCA analizadas en este estudio, puesto que sólo a las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y las personas naturales directamente afectadas podían interponer este recurso. Junto a lo anterior, se introdujo la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), aunque dicha participación dependerá de la voluntad de las Direcciones Regionales o del Director Ejecutivo, según corresponda. Es decir, la participación ciudadana en las DIAs no es obligatoria, dado que la Ley habla de que la autoridad “podrá” decretar la realización de un proceso de participación. En todo caso, esto constituye un avance importante teniendo en cuenta que la gran mayoría de los proyectos mineros identificados en este estudio ingresó al SEIA por medio de DIAs.



*El caliche, que comenzó a explotarse industrialmente en el siglo XIX para la obtención del salitre, es abundante en el norte de Chile. Tan abundante, que se trata del mayor depósito natural de yodo y nitrato del mundo. Además, es la única fuente comercialmente explotable de nitratos a nivel mundial”.*⁴²

El proceso comienza con la sustracción del caliche, mediante explosivos, desde las capas superficiales donde se encuentra. Una vez minado, SQM procesa el mineral: los procesos de chancado y lixiviación son el punto de partida para la recuperación de las sales contenidas en él, es decir, el yodo y el nitrato de sodio.⁴³

Lo que omite la página *web* de la empresa, es que durante el proceso de chancado de caliche se contamina el aire, probablemente más que en el procesamiento de otros minerales. Como veremos más adelante desde 1998 a la fecha existe un Plan de Descontaminación del Aire que está íntimamente vinculado con la última de las RCA aprobadas a la empresa.

Dos son las Resoluciones de Calificación Ambiental que interesan, relacionadas con el chancado de caliche:

- “Proyecto María Elena”, SQM Nitratos S.A., RCA N° 076-2000, de fecha 05/05/2000. COREMA, Región de Antofagasta.⁴⁴
- “Cambio Tecnológico María Elena”, SQM Nitratos S.A., RCA N° 0270-2005 de fecha 20/10/2005, COREMA, Región de Antofagasta.⁴⁵

En ambas RCA se contemplan exigentes medidas de mitigación, reparación y compensación, dado que los efectos en el aire del chancado de caliche han afectado y afectan al pueblo de María Elena y su gente de forma ya consuetudinaria. Sin embargo, dado que las medidas contempladas en la RCA de 2000 no fueron capaces de cumplir con las exigencias contempladas en el Plan de Descontaminación, SQM debió presentar una modificación sustancial de sus operaciones para lo cual debió someter al SEIA el proyecto de Cambio Tecnológico.

Por lo anterior, las medidas contempladas en la segunda RCA son más contundentes. Las medidas de mitigación se aplican a las fases de construcción, operación y abandono de las faenas de chancado y están orientadas a evitar y/o atenuar por diferentes medios la liberación de material particulado respirable MP10. Las medidas están orientadas, en su mayoría, a la fase de operación.

Las medidas de compensación difieren sustancialmente en una y otra RCA en virtud del incumplimiento de lo dispuesto en el Plan de Descontaminación. Según lo establecido en la letra a) del artículo 6 del Plan de Descontaminación de María Elena, se deberá compensar el 120% de las emisiones de MP10 provocadas por fuentes nuevas que se instalen al interior de una zona cuadrangular de 8 km. de lado, denominada *zona de compensación de emisiones*.

⁴² SQM, disponible en: www.sqm.com/Aspx/Acercade/Caliche.aspx (30/08/2011).

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ RCA N° 076-2000 COREMA Región de Antofagasta, disponible en: E-SEIA, http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientes/Evaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2554 (30/08/2011).

⁴⁵ RCA N° 0270-2005, COREMA, Región de Antofagasta, disponible en: E-SEIA, http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipa.php?id_expediente=6320&idExpediente=6320&modo=ficha (30/08/2011).

Durante la etapa de abandono, se estima que María Elena no será más una zona saturada por MP10, dado el cumplimiento de la norma de calidad primaria para MP10 que se verificará durante la operación del presente proyecto. En consecuencia, ya no habrá necesidad ni ambiental ni legal de compensar las emisiones de MP10. En todo caso, las escasas emisiones generadas durante esta etapa serán compensadas con la finalización de la extracción y procesamiento del caliche y el cierre de las plantas nuevas de yoduro y neutralización.⁴⁶

Los efectos en el agua y las medidas consideradas en las RCA bajo análisis, no parecen representar un problema ambiental serio y en general no están relacionadas con la contaminación del río Loa sino con las napas subterráneas, cuestión que eventualmente podría alcanzar al río. En todo caso en el Plan de seguimiento ambiental de la RCA de 2000, se señala que SQM debe diariamente registrar y medir los volúmenes de agua extraída del río Loa, cuestión que influye en el caudal del río y por consiguiente afecta a la localidad de Quillagua.

En el contexto de la RCA de 2005, sin perjuicio de lo que más abajo se señala cuando analizamos esta misma resolución en el marco del Plan de Descontaminación de María Elena, han habido varias visitas inspectivas por parte de la autoridad, monitoreos, una denuncia⁴⁷ y un sólo procedimiento sancionatorio por parte de la (ex) COREMA de Antofagasta, según consta en el Oficio Ordinario 168 de 2008, en donde se *amonestó* a SQM por el incumplimiento del programa de las actividades asociadas a las etapas de construcción, puesta en marcha y operación del proyecto "Cambio Tecnológico María Elena".⁴⁸

En cuanto a las acciones administrativas y judiciales en contra de la RCA, cabe señalar que SQM no presentó recurso administrativo ni tampoco la *Comunidad de Quillagua*, única organización ciudadana con personalidad jurídica que participó en el SEIA.

Por su parte, en cuanto a si existe o no daño ambiental producto de la actividad del chancado de caliche – si bien no es una cuestión que corresponda analizar en este estudio – cabe notar que el sistema subjetivo de responsabilidad ambiental chileno se encuentra matizado por algunas presunciones de culpa que podrían ser utilizadas eventualmente por los sujetos activos de la acción para reclamar por un eventual daño al medio ambiente,⁴⁹ los que de acuerdo con la Ley 19.300 son: los afectados por el daño ambiental, es decir, los que hayan sufrido el daño o perjuicio; la Municipalidad de María Elena; y el Estado de Chile a través del Consejo de Defensa

46 RCA N° 0270-2005 p. 30.

47 COREMA Antofagasta, Oficio Ordinario N° 1698 de 2008, donde se da cuenta de eventuales incumplimientos. No está disponible en línea. Consiste en un oficio del Seremi de Salud de Antofagasta en que se da cuenta de eventuales incumplimientos al Estudio de Impacto Ambiental y a la RCA del Proyecto Cambio Tecnológico.

48 De acuerdo con el ex artículo 64 de la Ley No 19.300, vigente a la fecha de la amonestación: "Corresponderá a los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el estudio o se aceptó la declaración de impacto ambiental. En caso de incumplimiento, dichas autoridades podrán solicitar a la comisión regional o nacional del medio ambiente, en su caso, la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones civiles o penales que sean procedentes". Luego de la reforma, la fiscalización le corresponderá a la Superintendencia del Medio Ambiente, institución que a la fecha de cierre de este artículo no ha entrado en funcionamiento.

49 Artículo 52 de la Ley No 19.300.



del Estado.⁵⁰

Por último, tampoco se ha interpuesto el recurso de protección ambiental que contempla la Constitución Política de la República para garantizar el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 20 inciso segundo y 19 N° 8, respectivamente).

E. Proyectos mineros de la Comuna de Ollagüe

Ollagüe es un poblado altiplánico que presenta una geografía aislada y fronteriza con la República de Bolivia. Cerca de Ollagüe, a los pies del volcán Miño, nace el río Loa.

A los efectos de este estudio, sólo un proyecto minero parece relevante en cuanto a su potencial para contaminar las aguas del río. El proyecto ingresó por Estudio de Impacto Ambiental al SEIA y se llama "Lixiviación de Sulfuros Sulfolix", y corresponde a la Minera El Abra. Fue aprobado mediante la RCA N° 0114-2008, de fecha 25/03/2008.

Cabe advertir, que el proyecto comprende tanto a la Comuna de Ollagüe como a la Comuna de Calama.

El objetivo del proyecto consiste en continuar con la producción de cobre en forma de cátodos una vez que sus reservas de óxidos se agoten. Por lo tanto, consistirá en modificar la antigua operación en base a mineral oxidado de cobre a un proceso de lixiviación de mineral sulfurado, en pila permanente, enviando la solución rica para la recuperación de cobre a las instalaciones existentes de SX-EW.

La principal diferencia de este proyecto con respecto al proceso anterior radica en que en lugar de que el mineral aglomerado sea enviado a las canchas de lixiviación dinámicas, éste será enviado a una nueva área donde se construirá una pila de lixiviación permanente a través de un nuevo sistema de transporte y apilamiento en correas transportadoras.

El sector de extracción de agua se ubicará en el Salar de Ascotán Sur y en el sector de Quebrada La Perdiz, Comuna de Ollagüe, Provincia de El Loa, Región de Antofagasta.

Las medidas de mitigación contenidas en la RCA en relación con el agua, se clasifican en medidas en la etapa de diseño del proyecto; en la etapa de construcción del mismo; y en la etapa de operación. A su vez, cada etapa distingue entre medidas a llevar a cabo en el sector de la Mina y medidas para realizar en la Planta (algunas de ellas, también en el acueducto). Cabe agregar, que no hay contempladas medidas de reparación y de compensación. Tampoco las hay en el Proyecto de Cambio Tecnológico de María Elena. Sin embargo, en este último caso, como dijimos, el agua y el río Loa en general, no se ven seriamente afectados. En cambio, en los proyectos mineros aguas arriba de la comuna de María Elena son una causa importante de

⁵⁰ Tanto en el Juzgado de Letras de María Elena, como en la Municipalidad y la (ex) CONAMA, se afirmó que no existen acciones judiciales para exigir responsabilidad ambiental a la empresa SQM o para restablecer la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación garantizado en la Constitución.

contaminación directa e indirecta del río y, por lo mismo, parece evidente la necesidad de reforzar las medidas que protejan, en sentido amplio (no sólo mitigación), la cuenca del río Loa.⁵¹

Las medidas de compensación del proyecto “Lixiviación de Sulfuros Sulfolix” están orientadas a mejorar las condiciones de vida de la comunidad de Ollagüe y no los impactos sobre los recursos hídricos. Que las compensaciones se dirijan a la comunidad y no al medio ambiente encierra algunos problemas.⁵²

En efecto, la compensación como ya se señaló, consiste en *generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, y que incluirá el reemplazo o sustitución de los recursos naturales o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad*. Una interpretación estricta del artículo podría conducirnos a excluir las compensaciones de naturaleza social o, al menos, exclusivamente social, como ocurre en este Proyecto. Adicionalmente, las compensaciones que no están relacionadas con el medio ambiente, sino que con otorgar ciertos beneficios a la población afectada, encierra el peligro de capturar a la población o, incluso, dividirla. Puede ser esta la razón, como se dice más arriba, que explica y justifica el nuevo artículo 13 bis de la Ley No 19.300. La justicia ambiental, que busca balancear las cargas ambientales entre sus destinatarios, no tiene que ver necesariamente con una compensación entendida como un *trade off* que intercambia bienes y servicios ambientales por prestaciones sociales, cuestión que puede apreciarse en algunos proyectos mineros.

Por otro lado, que no se contemplen medidas de compensación y reparación en relación con el agua, tal vez se explique porque de acuerdo con el EIA y la RCA el agua se verá afectada de manera parcial y, por lo tanto, lo que cabe es mitigar el impacto. Pareciera entonces que no hay nada que compensar y menos reparar pues no existe un efecto adverso significativo. Sin embargo, afirmar que el impacto sobre el agua sólo exige ser mitigado no parece razonable; menos a la luz de las evidencias en la calidad y cantidad de agua del río Loa que llega a la comunidad de Quillagua.

En cuanto a la fiscalización de este proyecto, según la información disponible, constan hasta el presente 34 monitoreos.⁵³ La naturaleza de estos monitoreos es variada y los informes de resultados están todos disponibles en línea y contienen mucha información relevante. Sin embargo, el grueso de los monitoreos, están en cualquier caso orientados a la flora y fauna, arqueología y calidad del aire, no así a la

51 De acuerdo con un diagnóstico de la cuenca del Río Loa hecho en 2004, “la mayoría de estas actividades utilizan las aguas del río Loa para faenas de beneficio de minerales que ellas extraen a través de aducciones en distintos puntos del río y sus afluentes, además algunas de estas actividades históricamente han vertido en forma directa los residuos industriales al río Loa y otras lo estarían haciendo en forma indirecta”. En: DGA/CADE-IDEPE, “Diagnóstico y clasificación de los cursos y cuerpos de agua según objetivos de calidad. Cuenca Río Loa”, Diciembre de 2004, p. 31. “Estas actividades”, se refieren a la minería metálica y no metálica, particularmente, pero también forman parte de dichas actividades las empresas ESSAN S.A. (Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta) y ENAEX, que se dedican al tratado de las aguas y a explosivos, respectivamente.

52 Dichas medidas son: Rescate de Germoplasma; Medida de Compensación en caso de que el Plan de Seguimiento indique que se genera un daño progresivo en las poblaciones de Orestia Ascotanensis; Lavandería Comunitaria en Chiu-Chiu; Programa de Desarrollo a Proveedores; Conexión Eléctrica de la Comunidad de Ollagüe; Programas de Becas a Estudiantes Indígenas; Fondos Concursables; Orquesta de Niños del Altiplano; Programas de Mano de Obra Comunitaria; Programa de Manejo de Residuos en Taira y Estación San Pedro; y Actualizar el Conocimiento Poblacional de Especies Emblemáticas.

53 Disponible en: E-SEIA, http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=2088630 (30/08/2011)



calidad y sustracción de agua de la cuenca del Loa,⁵⁴ lo que indica, aparentemente, que el río no se ve seriamente afectado por el proyecto.

De conformidad con el artículo 64 de la Ley No 19.300, vigente a la fecha de la RCA “Corresponde a los organismos sectoriales, con competencia ambiental, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental”. En este caso, el organismo sectorial estaría compartido por el Seremi de Salud y la Dirección General de Aguas. No obstante ser un deber de los servicios, no existe una vía jurídica para exigir la fiscalización. En general, ante un evento evidente de contaminación o de incumplimiento de normativa o del contenido de una RCA, el aparato fiscalizador reaccionará, pero la ley no contempla criterios de fiscalización propiamente tales.⁵⁵

Por su parte, hay constancia de sólo un recurso, de naturaleza administrativa, interpuesto por la representante de la Comunidad Indígena Quechua de Sumac Llajta. Consistió en un recurso de reclamación, acogido parcialmente mediante Resolución Exenta N° 864-2009, de fecha 12 de febrero de 2009. La parte resolutive de la resolución, señala: “Se acoge parcialmente el recurso de reclamación interpuesto por la Sra. Amalia Mamani Charcas, en representación de la Comunidad Indígena Quechua de Sumac Llajta, en contra de la Resolución Exenta N° 0114, de 25 de marzo de 2008, de la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región de Antofagasta, por la que se calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Lixiviación de Sulfuros Sulfolix”, presentado por la Sociedad Contractual Minera El Abra. La resolución modifica parte de los considerandos de la RCA, referentes a los recursos hídricos, flora, fauna, etc., afectados por el proyecto” (énfasis añadido).

A la fecha de este estudio, no hay constancia de otras acciones administrativas o judiciales que hayan sido interpuestas contra la RCA ni tampoco hay registros de acciones derivadas de eventuales daños ambientales del proyecto en sí mismo. Tampoco hay noticia de recursos de protección en contra de la CONAMA regional ni en contra de la Minera El Abra.

F. Proyectos mineros de la Comuna de Calama

En la comuna de Calama se concentra la mayor cantidad de proyectos mineros de cobre de Chile. La ciudad de Calama, Capital de la Provincia de El Loa, es considerada una ciudad-dormitorio y de servicios de los yacimientos cupríferos de Chuquicamata, Mina Sur, Mansa Mina, Gaby, Radomiro Tomic, Spence y El Abra, entre otros. Los proyectos de inversión, sin embargo, superan los estrictamente mineros, y es posible advertir un conjunto muy amplio de actividades, donde destacan en el último tiempo las de energías renovables no convencionales (ERNC) con un mal precedente como el ocurrido en los géiseres de El Tatio.⁵⁶

⁵⁴ Existe sólo un monitoreo (N° 13684 de fecha 30/10/2009) titulado “Modelo de simulación hidrogeológica, Salar de Ascotán”, realizado por la propia minera El Abra para la DGA en donde se aborda el tema del agua. No es, sin embargo y en rigor, una fiscalización propiamente tal.

⁵⁵ La creación de una Superintendencia Ambiental de conformidad con la Ley No 20.417, supone un cambio de escenario en relación con la fiscalización.

⁵⁶ El Tatio es el campo de géiseres más grande del hemisferio sur y el tercero en el mundo con más de 100 manantiales en erupción a más de 4 mil metros de altura en la Cordillera de los Andes y recibe 100 mil turistas al año. Durante el segundo semestre de 2009, en uno de los pozos en función se produjo, producto de las perforaciones, una fumarola

Para los efectos de esta investigación, las actividades que interesan por su posible impacto en la cuenca de El Loa son: los relaves mineros, la explotación y producción de cobre, la sustracción y conducción (aducción) de aguas de la cuenca del Loa para efectos mineros y las minas de mármol. No obstante estas actividades, a continuación analizaremos sólo un proyecto representativo de la minería del cobre en relación con el tranque de relaves Talabre para luego comentar brevemente un proyecto de aducción de agua extraída desde el campo de pozos de Pampa Puno hasta la Represa San Pedro.

1) Actividad minera: Cobre y relaves mineros

Los proyectos relativos a la explotación del cobre y la generación de relaves en la cuenca del Loa son en verdad muchos. El actor principal es Codelco Norte.

Como apunta la página *web* de la empresa, “Codelco Norte fue creada el año 2002 como resultado de la fusión entre las divisiones Chuquicamata y Radomiro Tomic. El complejo minero de Chuquicamata está ubicado a 1.650 kilómetros al norte de la capital de Chile, a 2.870 metros sobre el nivel del mar. Cuenta con dos minas donde el tipo de explotación es a rajo abierto, “Chuquicamata” y “Mina Sur”. Chuquicamata entró en operaciones en 1910, aunque sus propiedades mineras también eran conocidas desde hace siglos por culturas prehispánicas. Radomiro Tomic está ubicada a 1.670 kilómetros de Santiago, a 3.000 metros sobre el nivel del mar en la cordillera de Los Andes. Se trata de un yacimiento donde el tipo de explotación es a rajo abierto para la obtención de minerales oxidados. Aunque fue descubierto en la década de 1950, sus operaciones comenzaron en 1995, después de que Codelco actualizó los estudios sobre la factibilidad de su explotación y contó con la tecnología necesaria para explotarlo de manera económicamente rentable”.⁵⁷

El otro actor relevante en la zona, es la Minera El Abra. La Sociedad Contractual Minera El Abra se constituyó en 1994 con una participación de 49% de Codelco y de 51% de Cyprus Amax Minerals Co., luego que esta última se adjudicara aquel porcentaje en una licitación pública internacional en la que pagó US\$ 330 millones a Codelco.

Existen también otros actores como la Minera Cerro Dominador S.A., Sulfatos del Norte S.A., Compañía Minera Falconbridge S.A., Ecometales Limited Agencia en Chile, Minera Cyprus Amax Chile Limitada, Minera Quimal S.A., entre otros.

El proyecto minero más relevante por su eventual responsabilidad en lo ocurrido en Quillagua es Chuquicamata. Como apunta Raúl Molina, “El colapso de Quillagua comenzó a manifestarse en el año 1997, cuando se produce el primer evento de contaminación de las aguas del río Loa. La CONAMA regional identificó como causante del colapso ambiental al viejo tranque Sloman, un antiguo embalse abandonado y colmatado de sedimentos que sirvió de planta hidroeléctrica en épocas del salitre.

de decenas de metros prolongándose por varios días antes de ser sofocada. La concesión es de la Empresa Geotérmica del Norte (EGN) y en ella participan las estatales ENAP y CODELCO, junto a la italiana Enel. La petrolera estatal tiene el 44% de participación en EGN. La cuprera en tanto posee el 5% de la participación en EGN. Enel, por su parte, controla la sociedad con el 51% de EGN. Hubo diversos recursos de protección en contra de EGN sin resultados positivos para los recurrentes.

⁵⁷ CODELCO, disponible en: http://www.codelco.cl/la_corporacion/division_norte.asp (30/08/2009)



Así le fue posible no investigar la responsabilidad de una institución intocable a nivel regional y nacional, pese a que las evidencias de los tipos de contaminantes apuntaron al tranque de relaves Talabre del mineral cobre de Chuquicamata, perteneciente a la Corporación Nacional del Cobre, CODELCO, lo que resulta evidente pues letales sustancias como el xantato y el isopropanol sólo se utilizan en la industria del cobre. Estudios geológicos, por su parte, identificaron que existen conexiones de napas subterráneas entre el embalse de relaves de cobre y el río Loa que se encuentran a corta distancia”.⁵⁸

Al margen de Chuquicamata, existen otros proyectos que afectan o pueden afectar seriamente la calidad y caudal del río Loa. A continuación comentaremos el proyecto “Mansa Mina”, Codelco Chile- División Codelco Norte, RCA N° 0311-05, de fecha 07/12/2005, proyecto ingresado por Estudio de Impacto Ambiental que tiene directa relación con el tranque de relaves Talabre.⁵⁹ Cabe señalar solamente que la gran mayoría de proyectos mineros en la comuna han ingresado mediante DIA y muchos de ellos se refieren a trabajos a realizar en un mismo macro proyecto de explotación minera. En todas las RCA que califican DIAs hay un conjunto importante de compromisos voluntarios relativos al agua en general.

El proyecto consiste en la explotación a rajo abierto del yacimiento Mansa Mina (MM) y el posterior procesamiento del mineral en las instalaciones industriales de Codelco Norte en Chuquicamata en conjunto con el mineral extraído desde la mina Chuquicamata. Las instalaciones del proyecto MM se localizan en la Región de Antofagasta, Provincia de El Loa, Comuna de Calama.

Los impactos ambientales de este proyecto sobre la cuenca del Loa y el río en particular, son básicamente aquellos que pueden derivarse de las filtraciones o accidentes que pueda sufrir el tranque Talabre, puesto que, el drenaje del rajo, necesario para explotar el yacimiento y evitar abatir el nivel de la napa de modo de mantener secos los frentes de trabajo, de acuerdo con la RCA, “se desarrollará en las gravas y arenas de la Formación Calama, no interceptando ni interviniendo las calizas de la formación El Loa”.

Para aumentar la cantidad de toneladas diarias de mineral extraído (de 182.000 t/d a 230.000 t/d), la Minera dispuso como medida elevar el muro del tranque de relaves Talabre desde la cota 2.490 m.s.n.m autorizada a la fecha de la RCA a 2.500 m.s.n.m. (es decir, 10 metros), de modo de aumentar su capacidad de almacenamiento y vida útil.

De acuerdo con la RCA, el proyecto de ampliación del tranque Talabre, ha sido diseñado con un criterio preventivo, de minimización y control de eventuales infiltraciones, por lo cual esta actividad se ha reconocido como un riesgo del proyecto, implementándose las medidas de monitoreo y control indicadas en las secciones 7.0 y 8.0 del EIA.

⁵⁸ Molina, Raúl, Quillagua, Oasis del Desierto que Desaparece por Causa de la Contaminación, disponible en: <http://www.portalchoapa.cl/detalle.php?seccion=medioambiente&id=72>. (30/08/2011). La venta de los derechos de aguas de los pobladores de Quillagua operó precisamente en el contexto de estos acontecimientos.

⁵⁹ Sobre las reglas ambientales y los tranques de relaves, véase: Cortés Niehne, A., “Derechos sobre desmontes, escorias y relaves frente a las reglas de policía ambiental”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003, N° 1, pp. 135-156.

El EIA y la RCA afirman que los ríos *Loa* y *San Salvador* no han sido contaminados por las infiltraciones del tranque *Talabre* durante los 50 años de operación de este. En el Apéndice F de la Adenda 1, se presentan los datos hidroquímicos que avalan dicha afirmación, cuestión que habría que contrastar con los estudios independientes que afirman que el tranque *Talabre* es el responsable de la contaminación de las aguas del *Loa* y que producto de esto la localidad de *Quillagua* vio mermada su actividad agrícola ancestral, viéndose obligados sus pobladores a vender los derechos de aguas.

Las medidas de compensación están orientadas, mayoritariamente, a los efectos sobre la calidad del aire, no del agua ni el caudal del *Loa*. Como señalamos más arriba, los planes de compensaciones y reparaciones en los proyectos mineros no han sido utilizados para el recurso natural agua. Esto no deja de ser sorprendente porque la contaminación del agua es reconocida como un riesgo, pero al parecer no es un riesgo que suponga más que medidas de mitigación, lo que ante el tranque de relave *Talabre* parece una sinrazón bajo la información que lo síndica como el mayor responsable de la contaminación del *Loa*.

Tal vez lo razonable sería contemplar planes de compensación y sobre todo de reparación para el caso o evento que el río se vea contaminado como consecuencia de filtraciones del tranque. O analizar la posibilidad de la toma de seguros que cubran parte de los eventuales daños. Hay que reconocer, sin embargo, que todo esto resulta complejo, tanto desde un punto de vista financiero y económico como legal. En cuanto a esto último, el establecimiento de planes que sólo operen ante un escenario de daño ambiental eventual está fuera del espíritu de la Ley 19.300 y su Reglamento, y además existirían problemas con la acción por daño ambiental que busca precisamente reparar e indemnizar el daño.

Con respecto a la fiscalización del proyecto sólo consta que mediante Oficio ORD. N° 0395/2010 a través del cual la CONAMA de Antofagasta invita a diferente organismos (DGA, SERNAGEOMIN, SEREMI de Salud, Municipalidad de Calama) a una visita inspectiva para el seguimiento y fiscalización del proyecto MM, contempla, dentro de las actividades que serán sometidas a inspección, el “Área *Talabre*”.

En cuanto ahora a los recursos existentes en relación a este proyecto, sólo existe un recurso administrativo interpuesto por la *Comunidad Atacameña San Francisco de Chiu Chiu*, actualmente en trámite a pesar de haber sido incoado el 2 de enero de 2006.⁶⁰

En él, se reclama de la contaminación del aire producto de la ampliación del proyecto MM. Pero en particular, se reclama y se deja constancia de los temores y los riesgos y peligros del tranque *Talabre*. Dentro de toda la argumentación del recurrente, tal vez lo más destacable sea que se exige que dado que el tranque experimentará (experimentó, a estas alturas) una ampliación, debería someterse al SEIA independientemente del proyecto que lo contempla.

⁶⁰ Disponible en: E-SEIA, https://www.e-seia.cl/archivos/Recurso01_06.pdf (30/08/2011)



2) Actividad: Aducción de agua

Otro proyecto que revela interés para los efectos de este estudio, es el denominado “Suministro, Construcción y Operación Aducción de Agua Pampa Puno”, Resolución de Calificación Ambiental (RCA) 2603/2005 de fecha 14 de diciembre de 2005, de la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, proyecto ingresado por Estudio de Impacto Ambiental.

Como apunta la RCA, “El proyecto tiene como principal objetivo la construcción y operación de una aducción que permita transportar el agua extraída desde el campo de pozos de Pampa Puno hasta la Represa San Pedro. Adicionalmente, el proyecto contempla la construcción de un estanque de regulación y el refuerzo de un tramo de la actual aducción entre la Represa San Pedro y Chuquicamata, de aproximadamente 12 kilómetros.

Dentro de las obras que supone el proyecto, está la construcción de 8 pozos de bombeo, la construcción y habilitación de recinto de producción general en Pampa Puno, la construcción y habilitación de aducción de, aproximadamente, 90 kilómetros de longitud, que comprende, además, un estanque de carga ubicado en el Cerro Yocas y construcción de obras complementarias consistentes en refuerzo del acueducto San Pedro– Chuquicamata (acueducto paralelo al existente en un tramo de 12 kilómetros), y estanque de emergencia en Quebrada Caqui.

El proyecto tiene dos grandes impactos ambientales. Por una parte, todos aquellos impactos que pueden clasificarse bajo las acciones relativas a la construcción y transporte del agua en tanto que exige la necesidad de construcciones que cruzan diversas zonas, algunas de dichas construcciones –tuberías, por ejemplo-, afectan lugares de alto valor arqueológico. Por otro lado, la sustracción del agua desde pozos de Pampa Puno y su posterior traslado hasta la Represa San Pedro, puede afectar claramente el caudal del río Loa al afectar su cuenca y, por su parte, puede afectar la calidad de las aguas del Loa con motivo de, al menos, las actividades de acopios, vertederos, instalaciones y vertidos de distinta naturaleza.

La participación ciudadana hizo notar sus preocupaciones en relación con este proyecto; en cuanto a lo que nos atañe, se señaló y consignó en la RCA respectiva lo siguiente: la explotación de aguas subterráneas pondrá en peligro los caudales del río Loa, lo cual impactará sobre la flora y fauna existente en vegas y bofedales, como también la actividad agrícola de las comunidades, en especial de aquellos que poseen derechos de aprovechamiento de aguas. (Observación ciudadana realizada por Asociación de Agricultores del Valle de Calama, Comunidad Atacameña de San Francisco de Chiu – Chiu, Comunidad Indígena de Taira, Comunidad Quechua de San Pedro de Estación, Asociación Indígena Consejo Pueblo Atacameño).⁶¹

Sorprendente resulta la ponderación hecha por la autoridad ambiental, la que, textual, señala: “Esta Comisión estima que la preocupación expresada por la comunidad es razonable dada la presión sobre los recursos hídricos en la zona. No obstante, *no existe certeza científica* que avale la conexión de los acuíferos en la II Región que

⁶¹ Vemos aquí, nuevamente cómo no son tomados en consideración los impactos que se proyectan más allá de donde se generan, al no contemplarse la participación ciudadana de la comunidad de Quillagua, pues no se estima por parte de la autoridad que las actividades aguas arriba de esta localidad puedan afectar a la misma, cuestión que resulta sorprendente toda vez que es evidente que toda actividad que impacte un río, afecta sus aguas abajo y las localidades aledañas.

podiera redundar en la disminución en la disponibilidad del recurso hídrico afectando con ello los ecosistemas existentes, como también las actividades productivas de la población y los derechos de aprovechamiento de agua” (énfasis añadido).⁶²

Como se aprecia, la falta de certeza científica es el argumento para rechazar las preocupaciones fundadas de la comunidad. Sin embargo, el principio precautorio, que forma parte del ordenamiento jurídico nacional, ya sea por una interpretación sistemática de la legislación ambiental, o con motivo de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente o algunos instrumentos de *soft law*, útiles para interpretar nuestra legislación, como la Declaración de Río de 1992, señalan precisamente que ante la falta de certeza científica se procederá igualmente a eliminar los riesgos que puedan imponer una presión sobre el medio ambiente que luego redunde en daños irreparables.

La RCA en cuestión, de un “plumazo” borra todo riesgo para la cuenca del Loa y en particular para el río Loa al señalar: “Es así, como el Estudio de Impacto Ambiental presenta antecedentes fundados (hidrológicos, geológicos, hidrogeológicos e isotópicos) que demuestran que el acuífero Pampa Puno no se conecta hidráulicamente con la Quebrada Sapunta, y por tanto, con el río Loa”.⁶³

La principal medida de mitigación relativa al caudal del río Loa consiste en: “en el evento de que se determine que se cumplen las condiciones de “afección” al río Loa, el titular deberá restituir un caudal en el sector de la estación Lequena. El valor de dicho caudal corresponderá a aquél para el cual se restituye el valor de los estadígrafos determinados sobre la base de la información histórica”.

En cuanto al seguimiento de este proyecto, constan dos monitoreos realizados en enero de 2007 y septiembre de 2008 que dan cuenta que la autoridad se ha preocupado de verificar que las condiciones impuestas para resguardar los riesgos por ella calificados, se cumplan.⁶⁴

Por último, el proyecto ha sido objeto de dos recursos administrativos de reclamación. El primero de los recursos fue interpuesto por la *Comunidad Atacameña San Francisco de Chiu Chiu*, el que no fue admitido por extemporáneo.⁶⁵ El segundo⁶⁶ de ellos fue interpuesto por la representante de la *Comunidad Indígena Atacameña de Taira* en donde se reiteran todas las aprensiones hechas durante el SEIA en cuanto a la vulneración, en general, de la cosmología de los atacameños. Esto se traduce en varias cuestiones, pero reiteramos aquí los temores relativos a los sitios arqueológicos, el paso de tuberías por cerros sagrados y, también, el agua: su reducción y contaminación, cuestión que afecta la vida pastoril de este pueblo.

No hay constancia de otros recursos administrativos o judiciales en contra de este proyecto.

62 CONAMA, RCA N° 2603/2005, p. 17. Disponible en: E-SEIA, https://www.e-seia.cl/archivos/Apendice_B__Autorizaciones_Uso_Fuentes_de_Agua.pdf (30/08/2011).

63 *Ibidem*.

64 Disponible en: E-SEIA, <http://www.e-seia.cl/busqueda/buscarProyectoAction.php> (30/08/2011)

65 Véase Resolución Exenta, N° 0408/06, de 24 de febrero de 2006, disponible en: E-SEIA, http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesRecursos.php?modo=ficha&id_expediente=1041745 (30/08/2011).

66 Véase Resolución Exenta N° 110/07, de 19 de enero de 2007, disponible en: E-SEIA, http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesRecursos.php?modo=ficha&id_expediente=1041745 (30/08/2011).



IV. ANÁLISIS DEL PLAN DE DESCONTAMINACIÓN PARA LAS LOCALIDADES DE MARÍA ELENA Y PEDRO DE VALDIVIA

A. Los planes de descontaminación como instrumento de gestión ambiental

El plan de descontaminación (y el de prevención) es uno de los varios instrumentos de gestión ambiental contemplados en la Ley N° 19.300.⁶⁷ Si bien no está definido en la ley, el Decreto Supremo 94/95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia lo define en su artículo 2 como un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad *recuperar* los niveles señalados en las normas primarias y/o secundarias de calidad ambiental de una *zona saturada*.⁶⁸ Por consiguiente, es preciso antes contar con normas primarias y/o secundarias (en nuestro caso relativas al aire) que hayan sido sobrepasadas, cuestión que permite declarar la zona como saturada.⁶⁹

De acuerdo con el artículo 47 de la Ley N° 19.300, los planes de prevención o descontaminación podrán utilizar, según corresponda, instrumentos normativos o económicos. Dentro de los primeros se contempla las normas de emisión; entre los segundos, se contemplan los permisos de emisión transable, impuestos a las emisiones, acciones de mejoramiento y reparaciones ambientales. En el caso del plan de descontaminación de María Elena y Pedro de Valdivia, predominan las medidas normativas.

B. Antecedentes generales del Plan de Descontaminación de María Elena

El plan de descontaminación para las localidades de María Elena y Pedro de Valdivia fue aprobado por Decreto Supremo N° 164 de 1998 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y publicado en el Diario Oficial el día 04 de Mayo de 1999. Este plan está totalmente vinculado a la actividad minera no metálica de la empresa SQM, lo que lo constituye en un plan particular toda vez que está orientado exclusivamente a hacer frente a los procesos y métodos de producción de las sales resultantes del chancado de caliche que es la causa principal de la contaminación atmosférica, la que, dada su magnitud, superó la norma de calidad primaria para material particulado respirable MP10⁷⁰ en virtud de la cual se declaró el lugar como zona saturada dando origen al plan.⁷¹

67 Junto a los planes, se pueden mencionar, entre otros, las normas de calidad ambiental (primaria y secundaria), las normas de emisión, los planes de manejo, el sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), etc.

68 El plan de prevención, por su parte, es un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente.

69 Por su parte, el artículo 45 de la Ley N° 19.300 dispone lo siguiente: "Los planes de prevención y descontaminación contendrán, a lo menos: a) La relación que exista entre los niveles de emisión totales y los niveles de contaminantes a ser regulados; b) El plazo en que se espera alcanzar la reducción de emisiones materia del plan; c) La indicación de los responsables de su cumplimiento; d) La identificación de las autoridades a cargo de su fiscalización; e) Los instrumentos de gestión ambiental que se usarán para cumplir sus objetivos; f) La proporción en que deberán reducir sus emisiones las actividades responsables de la emisión de los contaminantes a que se refiere el plan, la que deberá ser igual para todas ellas; g) La estimación de sus costos económicos y sociales, y h) La proposición, cuando sea posible, de mecanismos de compensación de emisiones. Las actividades contaminantes ubicadas en zonas afectas a planes de prevención o descontaminación, quedarán obligadas a reducir sus emisiones a niveles que permitan cumplir los objetivos del plan en el plazo que al efecto se establezca".

70 Decreto Supremo 59 de 1998 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 25 de mayo de 1998.

71 El Decreto Supremo 1.162 de 1993 del Ministerio de Salud, declaró a María Elena y Pedro de Valdivia zona saturada por material particulado respirable, publicado en el Diario Oficial de 13 de marzo de 2004.

El Plan fue modificado por el Decreto Supremo 37 de 2004 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el día 13 de Marzo de 2004. Este cambio fue solicitado por SQM debido a la incapacidad de dar cumplimiento con lo expresado en el Plan original. En el año 2007, la empresa solicitó nuevamente la reformulación del Plan a la Dirección Ejecutiva de la CONAMA, a objeto de adecuar el plazo de reducción de las emisiones aplicables a la Compañía debido a los inconvenientes presentados. Sin embargo, no existe constancia de haber sido acogida esta última solicitud.

Íntimamente relacionado al Plan de Descontaminación (al reformado), se encuentra el Proyecto “Cambio Tecnológico María Elena”, SQM Nitratos S.A., RCA N° 0270-2005 de fecha 20/10/2005. De acuerdo con el Plan, SQM debía presentar los antecedentes que dieran cuenta de la forma en que la empresa llevaría a cabo el cumplimiento de las metas de emisión establecidas. Fue con motivo de estos requerimientos que SQM presentó el proyecto Cambio Tecnológico.⁷²

Cabe apuntar aquí, que aparentemente una norma de calidad ambiental relativa al MP2.5⁷³ no afectaría en absoluto el plan de descontaminación para la localidad de María Elena,⁷⁴ cuestión que en cualquier caso debiera confirmarse científicamente. En caso contrario, el Plan debería verse modificado nuevamente para cumplir esta vez con las exigencias de la nueva norma de calidad ambiental.

C. Medidas de descontaminación impuestas por el Plan de Descontaminación a SQM

Como señalaba la (ex) CONAMA en su página *web*, dado que la localidad de Pedro de Valdivia fue desalojada, el foco de las acciones de descontaminación se radicó en la localidad de María Elena. A partir del año 1994 y en forma sucesiva, SQM presentó propuestas de Planes de Descontaminación, las cuales fueron rechazadas por la autoridad, puesto que las medidas consideradas no permitían alcanzar las metas de calidad requeridas. En 1997, se presentó una última propuesta, que fue aprobada, como se señala más arriba, por el Decreto Supremo 164 de 1998 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y publicado en el Diario Oficial el día 04 de Mayo de 1999.

Aunque SQM cumplió con la meta de emisión establecida para el año 1999, la empresa llegó a la conclusión de no factibilidad de cumplimiento de la norma de MP10 en los plazos establecidos, considerando diversas razones de carácter técnico, entre ellas, restricción del recurso hídrico para el uso de la vía húmeda en el manejo, control y captación de polvo, y que las alternativas tecnológicas disponibles en el mercado para manejar emisiones de polvo, no pueden garantizar una buena eficiencia para la cantidad de material fino presente en el proceso. Adicionalmente, las modificaciones introducidas al proceso productivo no dieron los resultados esperados desde un punto de vista ambiental.

72 Artículo 3 bis del Decreto Supremo 164.

73 El 10 de agosto de 2009 mediante la Resolución Exenta 4624 del Director Ejecutivo de la CONAMA, se aprobó el anteproyecto sobre la norma primaria de calidad ambiental para material particulado fino respirable MP2,5 (“anteproyecto norma MP2,5”). Fue publicado el día 17 de agosto de 2009 en el Diario Oficial.

74 Al plantearse esta pregunta en conversación con la Directora Regional de la ex CONAMA de Antofagasta, fue del parecer que aparentemente nada indicaba que una eventual norma primaria de calidad del aire de MP2.5 afectaría el Plan de Descontaminación vigente para María Elena.



Por estas razones, en diciembre de 1999 SQM solicitó a la ex Comisión Regional del Medio Ambiente de la II Región (COREMA), la reformulación del Plan de Descontaminación, y propuso un cambio tecnológico del proceso productivo y un nuevo itinerario. Esta solicitud fue acogida favorablemente, de forma inmediata, iniciándose el proceso de Reformulación del Plan de Descontaminación el 28 de Abril de 2000.

El proceso de Reformulación tomó casi 4 años. La historia de este lento proceso puede encontrarse en el expediente respectivo. Finalmente, la modificación al Plan de Descontaminación para las localidades de María Elena y Pedro de Valdivia, fue aprobada mediante Decreto Supremo N° 37 de 2004 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el día 13 de Marzo de 2004.

De acuerdo con el informe de seguimiento al cual nos referiremos más abajo, “la red de monitoreo de calidad del aire para Material Particulado Respirable (MP10) actualmente consta de tres estaciones denominadas Hospital, Iglesia y Sur; las dos primeras autorizadas por Resolución 4535, de fecha 15 de Octubre de 1997 del Servicio de Salud y la tercera autorizada por Resolución N° 325, de fecha 03 de Noviembre de 2008 de la Autoridad Sanitaria. La estación Sur fue instalada de acuerdo con lo establecido en la resolución de calificación ambiental del proyecto “Cambio Tecnológico María Elena”.⁷⁵

Junto a medidas dirigidas a la compañía SQM, el Plan de Descontaminación también estableció algunas medidas dirigidas esta vez a las autoridades competentes.

Resulta interesante notar que el Plan de Descontaminación modificado (en 2004) contiene un Anexo en donde se lleva a cabo una estimación de los costos y de los beneficios económicos y sociales que supone el Plan modificado. Al margen de los resultados a los que se llega, cabe notar que a diferencia de las RCA, los Planes de Descontaminación sí realizan análisis costo-beneficio.⁷⁶

Lo anterior indica de alguna manera que aparentemente los Planes de Descontaminación influyen de manera más directa en la economía y en el bienestar social que lo que pueda influir un proyecto de inversión sobre recursos naturales. Las normas de emisión, por su parte, parecieran ser todavía más influyente en la economía de un país.⁷⁷ Las normas de calidad, por su parte, están más bien dirigidas a la autoridad que a los operadores privados. En cualquier caso, lo que no parece razonable es que no se haga el mismo esfuerzo respecto de las medidas de mitigación, reparación y compensación contenidas en las resoluciones que califican ambientalmente a los EIA (otro tanto se puede decir de los compromisos voluntarios en las DIA).

Las RCA forman parte del SEIA. El SEIA, los Planes de Descontaminación, las normas de calidad y de emisión, etc., son todos instrumentos de gestión ambiental igualmente susceptibles de exigirles análisis de costo-beneficio. Por su parte, como

⁷⁵ CONAMA, “Informe de Seguimiento. Plan de Descontaminación para las Localidades de María Elena y Pedro de Valdivia. Periodo Abril de 2008 – Marzo de 2009”, Antofagasta, 2009, p. 2.

⁷⁶ En efecto, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley de Bases del Medio Ambiente, una de las etapas de elaboración de un plan consiste precisamente en un análisis técnico y económico.

⁷⁷ Por ejemplo, el anteproyecto sobre norma de emisión para termoeléctricas fue evaluado -por encargo de la CONAMA en 2009- bajo un enfoque costo-beneficio que permitiera averiguar cómo afectaría la economía del país, confrontando el aumento en los costos de la industria energética con el menor gasto público en salud.

se ha intentado demostrar, los elementos más relevantes de la “justicia ambiental” no están reconocidos en toda su expresión en dichos instrumentos, aunque como vimos, existen avances al respecto, en particular en el contexto del SEIA.

D. Informe de seguimiento del plan de 2009. Determinación de infracciones, adopción de sanciones y recursos de reclamación administrativos. Acciones judiciales interpuestas contra el Plan.

En junio de 2009 la ex CONAMA de Antofagasta publicó el “Informe de Seguimiento. Plan de Descontaminación para las localidades de María Elena y Pedro de Valdivia. Período Abril de 2008 – Marzo de 2009”.⁷⁸ Es un documento en el que se da cuenta de los antecedentes históricos del Plan, y contiene diversos apartados que evalúan el cumplimiento de las normas de emisión, otras medidas para el control de la contaminación, la calidad del aire y el Plan Operacional para episodios críticos MP10. Es un documento que da cuenta de la labor realizada fundamentalmente por la autoridad de Salud de Antofagasta (SEREMI de Salud), que es el órgano encargado del seguimiento de acuerdo con el Decreto Supremo que dictó el Plan.

De las varias cuestiones rescatables del seguimiento, merece destacar la fiscalización y los procedimientos sancionatorios que da cuenta el informe. Según ha expuesto el SEREMI de Salud se detectaron los siguientes incumplimientos:

- Incumplimiento al Plan de Descontaminación aprobado por DS 164/1998, modificado por DS 37/2004 del MIN SEGPRES, en lo señalado en el art. 3 sobre los límites de emisión.
- Incumplimiento de la norma de emisión de MP10, para el periodo Abril 2006-Marzo 2007.
- Incumplimiento de la emisión para el proceso de Chancado y Clasificación, para el periodo Abril 2006-Marzo 2007.

La calidad del aire en la localidad de María Elena sigue excediendo la norma primaria para el contaminante MP10 establecida en el DS 59/1998 del MINSEGPRES.

En razón de lo anterior, la Autoridad Sanitaria inició un Sumario Sanitario a la empresa, por incumplimiento a lo establecido en el DS 164/1998, modificado por DS 37/2004 del MINSEGPRES e infracción al DS 144/1961 MINSAL y al DS 59/1998.

En el mismo ORD. N° 1698, de fecha 12 de Julio de 2007, la Autoridad Sanitaria señaló que los incumplimientos antes señalados constituyen además una Infracción a la Resolución Exenta 0270, del 2005 de la COREMA, Región de Antofagasta, que calificó ambientalmente el proyecto “Cambio Tecnológico María Elena”, en lo siguiente:

- En el punto 6.2 sobre emisiones a la atmósfera, el proyecto Cambio Tecnológico señala que se adoptarían las medidas de control necesarias para mitigar las emisiones de material particulado y en el punto 2 de los Resuelvo de la misma donde se señala que el proyecto cumplirá con la normativa ambiental aplicable.

⁷⁸ No se tiene noticia acerca de si hubo con anterioridad, al margen del de 2002, informes de seguimientos como el descrito. Se encuentra en línea en http://www.sinia.cl/1292/articles-45685_recurso_1.pdf (30/08/2011).



- Las actuales condiciones de operación del chancado no corresponden a las descritas en el EIA, ya que no han detenido las operaciones del chancado y harneado.

Por lo anterior la Autoridad Sanitaria solicitó a la COREMA mediante ORD. N° 1698, de fecha 12 de Julio de 2007, iniciar el proceso de sanción respectivo.⁷⁹ Sobre este proceso sancionatorio, nos referimos al describir y analizar la RCA del Proyecto Cambio Tecnológico.

Ahora, en cuanto al Sumario Sanitario, la Autoridad resolvió aplicar una multa de 500 Unidades Tributarias Mensuales (UTM) a SQM (Resolución 3335 de 22 de octubre de 2007). Lo sorprendente, sin embargo, no es la multa ni su cuantía,⁸⁰ sino que tras el recurso de reposición presentado por la compañía, al que no se dio lugar en cuanto a dejar sin efecto la multa impuesta, igualmente la Autoridad Sanitaria rebajó la multa de 500 a 300 UTM (Resolución 4092 de 28 de diciembre de 2007).

Por último, según el Informe de Seguimiento, “Con fecha 03 de Abril de 2009, la Autoridad Sanitaria, mediante ORD. N° 050, informó que solicitará se aplique sanción a SQM S.A., por exceder los límites de emisión en el periodo Abril 2007-Marzo 2008, de acuerdo a lo establecido en la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente. En Fax N° 103, de fecha 26 de Junio de 2009, la Autoridad Sanitaria informó nuevamente sobre esta solicitud de aplicación de sanción y señaló además que “se están realizando las gestiones respectivas, a lo cual se nos mantendrá informados”. A la fecha de este estudio, no hay noticias acerca de cómo finalizó este nuevo proceso sancionatorio.

En cualquier caso, del informe que estamos comentando y de las RCA analizadas más arriba en relación con la compañía SQM, está bien establecido que ésta no ha sido capaz de cumplir con las exigencias del Plan de Descontaminación ni con la RCA relativa al Proyecto Cambio Tecnológico que, como dijimos, están íntimamente ligadas. Aún cuando la autoridad ha hecho un trabajo de fiscalización y ha concluido algunos procesos sancionatorios, lo cierto es que los problemas persisten y se arrastran desde hace ya al menos una década, con el consecuente desmedro de la salud de la población que vive en el pueblo de María Elena. La sociedad civil de las grandes ciudades no se ha hecho eco de este problema; el poblado mismo, que es el directamente afectado, tampoco ha iniciado ni se ha organizado en la defensa de sus derechos. La Municipalidad no ha hecho uso de sus facultades como sujeto legitimado activo de iniciar acciones legales.⁸¹ Tampoco lo ha hecho el Consejo de Defensa del Estado para exigir reparar el eventual daño ambiental como consecuencia de la actividad minera en la zona.

⁷⁹ CONAMA, “Informe de Seguimiento. Plan de Descontaminación para las Localidades de María Elena y Pedro de Valdivia. Periodo Abril de 2008 – Marzo de 2009”, ob. cit., p. 11.

⁸⁰ 500 UTM equivale más o menos a 33.500 dólares americanos.

⁸¹ De acuerdo con el antiguo artículo 56 de la Ley de Bases del Medio Ambiente, existe una acción que se puede interponer ante el juez de letras competente, en contra de los responsables de fuentes emisoras que no cumplan con los planes de descontaminación. Este artículo ha sido derogado por la nueva Ley No 20.417, que impone a la Superintendencia de Medio Ambiente la función de requerir información de los titulares de fuentes sujetas a un plan de descontaminación sobre su cumplimiento, fiscalizarlo y sancionarlo en conformidad con la ley.

V. LOS DERECHOS DE AGUA EN QUILLAGUA

La actual situación hídrica de Quillagua obedece a diversas causas que se remontan más allá de la dictación del Código de Aguas de 1981. Sin embargo, en esta sección se abordará solamente el marco regulatorio vigente aplicable a los derechos de aguas pertenecientes a los pobladores de Quillagua, ya sea que los tengan o no actualmente en su poder.

Los habitantes de Quillagua constituyeron e inscribieron sus derechos de agua a partir de 1987, cuando se ejecutaba una estrategia del Gobierno por distribuir los derechos de aguas entre los distintos usuarios del Río Loa. El objetivo era reducir los derechos destinados al riego agrícola y disponer de aguas para otorgar al uso industrial, minero y de agua potable en la región.⁸² De esta manera, la autoridad redujo la antigua disponibilidad de 350 l/s en Quillagua a sólo 120 l/s, argumentando que si inscribían el total de las aguas que usaban se les iba a cobrar por ellas.⁸³ Luego, debido a los eventos de contaminación de las aguas del Río Loa a partir de 1997, que terminó con la agricultura y otras actividades tradicionales (como la extracción de camarones desde el río) los pobladores de Quillagua vendieron dos tercios de sus derechos de agua a SQM, quedando por lo tanto con sólo 41 l/s.⁸⁴ Sin embargo, estos derechos en la actualidad no se pueden hacer efectivos dado que el agua es capturada aguas arriba por otros usuarios y, por lo tanto, no llega aguas abajo.⁸⁵ Esto implica que a pesar que en Quillagua todavía existen algunos derechos de agua y al parecer se habrían recuperado otros mediante la compra y transferencia a la comunidad, a través del Fondo de Tierras y Aguas indígenas, estos derechos no se pueden ejercer en la práctica debido simplemente a que no escurre agua por el cauce del Loa a la altura de Quillagua.⁸⁶ Otro antecedente relevante consiste en que en el año 2000 la DGA declaró agotada la entrega de derechos de aprovechamiento de agua en la cuenca del río Loa. Esta situación, en la práctica, significa una nueva presión: la captación de agua de napas subterráneas.⁸⁷

La legislación chilena aplicable en materia de derechos de agua para este caso, no se encuentra solamente en el Código de Aguas. En efecto, por tratarse Quillagua de una comunidad de origen atacameño, le es aplicable también la legislación indígena, específicamente la Ley 19.253 de 1993. Esta ley establece algunos mecanismos para adquirir derechos de aprovechamiento de aguas para personas o comunidades indígenas, mediante compra o subsidio; consagra el reconocimiento del derecho de propiedad ancestral sobre las aguas, a los pueblos indígenas del norte que habitan en zonas de escasez de recursos hídricos; y también adopta algunas disposiciones para proteger los ecosistemas indígenas.⁸⁸ Analizaremos cada uno de estos mecanismos a continuación.

82 Molina Otárola, R., "El Río Loa: Reparto, Usos y Conflictos por el Agua en el Desierto de Atacama. Comunidades Atacameñas, Ciudades, Pueblos y Centros Mineros e Industriales". 2005. Documento contenido en "Derechos de Agua y Gestión Ciudadana: Proyecto Visión Social del Agua en Los Andes", Coordinadoras: Nancy Yáñez y Susan Poats, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, IDRC, Canadá. Junio 2007, p.16.

83 *Ibidem*, p.18.

84 *Ibidem*, p.22.

85 *Ibidem*.

86 Cabe señalar que en 1997 se declara saturado el caudal del Río Loa por la DGA y de esta forma se impide que se otorguen nuevos derechos de aprovechamiento. Molina Otárola, R., *ob.cit.*, pp. 11 y 24.

87 Programa Chile Sustentable, Larrain, S. & Poo, P. (Eds.), *Conflictos por el Agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas del Mercado*, marzo 2010, p.110.

88 Yáñez, N. & Gentes, I., *Derechos Locales sobre las Aguas en Chile: Análisis Jurídico y Político para una Estrategia de Gestión Pertinente en Territorios Indígenas, Resumen Ejecutivo*, WALIR, Santiago de Chile, Noviembre de 2005, p.16.



A. Adquisición de derechos de agua por la CONADI

El artículo 20 de la Ley Indígena crea el Fondo para Tierras y Aguas indígenas⁸⁹, y en su letra c) permite a la CONADI regularizar o comprar derechos de agua con el objeto de transferirlos a personas o comunidades indígenas. Esta transferencia se hace bajo la condición de que no pueden ser enajenados durante 25 años, contados desde el día de su inscripción.⁹⁰ Al término de este plazo, por lo tanto, vuelven a ser transables en el mercado de aguas.⁹¹ A su vez, el fondo permite a la CONADI financiar obras destinadas a obtener el recurso agua.⁹²

Sin embargo, se sostiene que la Ley Indígena no ha logrado revertir mediante este mecanismo, los impactos negativos del proceso de constitución de derechos de agua conforme al Código de Aguas. Esto porque no se han “establecido mecanismos de protección de las aguas indígenas que garanticen los usos consuetudinarios e incorporen la valoración ambiental, social y cultural del agua, por parte de las comunidades indígenas”.⁹³

La CONADI mantiene, en su página web, un listado de los beneficiarios, a partir del 2006, del subsidio de adquisición de derechos de agua y del subsidio de obras de riego.⁹⁴ De acuerdo con Jessica Budds, la CONADI habría implementado un programa para regularizar los derechos de aguas de los atacameños después de publicada la Ley Indígena, regularización que en algunos casos no estuvo exenta de conflictos debido a que significaba la recuperación de derechos inscritos por otras personas.⁹⁵

B. Reconocimiento del derecho de propiedad ancestral sobre las aguas.

La Ley Indígena entre sus artículos 62 y 65 establece “disposiciones particulares complementarias para los Aymaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del país”. Dentro de las competencias que estas normas otorgan a CONADI resaltan por ejemplo, el que en el proceso de saneamiento y constitución de la propiedad de estas comunidades, la CONADI deberá salvaguardar el dominio de “tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas, tales como

⁸⁹ Artículo 20 Ley N° 19.253 de 1993 (“Ley Indígena”): “Créase un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por la Corporación. A través de este Fondo la Corporación podrá cumplir con los siguientes objetivos:... c) Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso. El Presidente de la República, en un reglamento, establecerá el modo de operación del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.”

⁹⁰ Artículo 22 Ley Indígena.

⁹¹ Cabe señalar que la prohibición de enajenación de los derechos de agua (similar al régimen de protección de tierras establecido en el artículo 13 de la Ley Indígena) solo se aplica a los derechos de agua adquiridos o regularizados en conformidad con este Fondo. Por lo tanto, dicha protección no alcanza a aquellos derechos de agua constituidos o regularizados a través de otros mecanismos.

⁹² La CONADI, por lo tanto, contempla dos programas para la ejecución de esta disposición legal. El primero consiste en la “adquisición de derechos de aguas por indígenas” y el segundo en el “subsidio para obras de riego y/o drenaje para indígenas”. La ejecución de estos programas se hace a través de concursos, licitaciones y convenios interinstitucionales dependientes de las unidades operativas de la CONADI, que son la Oficina de Asuntos Indígenas de Arica, Subdirección Nacional Iquique, Oficina de Asuntos Indígenas de San Pedro de Atacama, Oficina de Asuntos Indígenas de Isla de Pascua, Dirección Regional de Cañete, Subdirección Nacional de Temuco, Dirección Regional de Osorno y la Oficina de Asuntos Indígenas de Punta Arenas. Disponible en: CONADI, <http://www.conadi.gob.cl/index.php/atencion-ciudadana/fondo-de-tierras-y-aguas?layout=edit&id=45> (30/08/2011).

⁹³ Yáñez, N. & Gentes, I., ob.cit., p. 17.

⁹⁴ De acuerdo con dicho listado se otorgó en 2008 un subsidio de obras de riego a la comunidad de Quillagua disponible en: CONADI, http://www.conadi.gob.cl/documentos_fondotierras/Subsidio-Riego-Drenaje-Indigenas.pdf (30/08/2011).

⁹⁵ Budds, J., ob.cit., p. 167. No hay registro de este programa en la página web de CONADI.

pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido”.⁹⁶

Y, todavía más relevante para este caso de estudio, es lo dispuesto por el artículo 64, que señala: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimas y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.”

Luego, el artículo 65 sostiene: “La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados de las etnias aimara y atacameña”.

Finalmente, el artículo 3 transitorio en su inciso segundo, dispone lo siguiente: “La Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley.”

Estas normas tienen la importancia que reconocen un derecho preferente de constitución de derechos de aguas a favor de las comunidades indígenas del Norte, fundado principalmente en sus derechos consuetudinarios sobre los acuíferos.⁹⁷

Un precedente muy importante en esta materia es el fallo de la Corte Suprema de 22 de marzo del año 2004 en que reconoce la propiedad ancestral de la comunidad de Toconce sobre las aguas del Río Loa, en la parte alta de la cuenca.⁹⁸ Este juicio tiene su origen en una solicitud de la Comunidad Atacameña de Toconce, de fecha 4 de octubre de 1995, a la Dirección General de Aguas para “la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo, del río Toconce, ubicado en la Comuna de Calama, Provincia de El Loa, por un caudal de 100 litros por segundo, captado gravitacionalmente en cuatro bocatomas distintas”.⁹⁹ Se fundamentó la petición en el hecho público y notorio de que esa comunidad indígena, en forma colectiva, ha usado ininterrumpidamente, desde tiempos inmemoriales, libre de violencia o clandestinidad, y sin reconocer dominio ajeno, tal derecho de aprovechamiento, por lo que de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 2° transitorio del

⁹⁶ Ley Indígena, artículo 63 letra c).

⁹⁷ Yáñez, N. & Gentes, I., ob.cit., p.17.

⁹⁸ El fallo de la Corte Suprema rechaza recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 16 de enero de 2003 que confirmó y modificó la Sentencia Rol N° 4.064, del Segundo Juzgado de Letras de El Loa Calama, caratulados “Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A.”, de 8 de julio de 2002.

⁹⁹ Fallo de primera instancia de fecha 8 de Julio de 2002, del Segundo Juzgado de Letras de El Loa Calama.



Código de Aguas¹⁰⁰, procedería su inscripción a nombre de su titular. La Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A. (ESSAN) se opuso a esta solicitud administrativa, ya que perjudicaría su propio derecho de aprovechamiento consuntivo de aguas superficiales, de ejercicio permanente y continuo, por un total de 470 litros por segundo, captado del Río Toconce, inscrito a su nombre. La Comunidad de Toconce respondió a la oposición señalando que su solicitud bien puede acogerse, sin perjuicio del derecho de la oponente.

El fallo de primera instancia acogió un caudal reducido de la solicitud, fallo que fue apelado otorgando la Corte de Apelaciones de Antofagasta 100 l/s a Toconce.¹⁰¹ Se interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, el que fue rechazado por la Corte Suprema. “Los sentenciadores concluyeron que es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias. Ante esta realidad, agregaron, la autoridad ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico”.¹⁰²

Un fallo reciente ha reiterado la interpretación efectuada por la Corte Suprema en el caso de Toconce. En efecto, a fines del 2009 la Corte Suprema resolvió el caso conocido como Chusmiza,¹⁰³ que tuvo su origen también en una solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas presentada por la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama, con un caudal de nueve litros por segundo a obtenerse del Socavón o Vertiente Chusmiza y de un litro por segundo a captarse del punto de devolución de las aguas efectuada por la sociedad Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C.¹⁰⁴

Los argumentos de la Corte en este fallo son similares a los de la sentencia anterior. Destaca sin embargo, la referencia que hace al Convenio 169 de la OIT vigente en Chile desde 2008. Al respecto señala “también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización

¹⁰⁰ Artículo 2 transitorio: “Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este Código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:

- a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;
- b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1-, del Título I del Libro II de este Código;
- c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y
- d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este Código.

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural”.

¹⁰¹ El valor de mercado de dichos derechos sería de aproximadamente US\$30.000 por l/s. (Budds, J., ob.cit., p.167).

¹⁰² Sentencia de la Corte Suprema de 22 de marzo de 2004.

¹⁰³ Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009, Rol 2840-08, rechaza recurso de casación en la forma y en el fondo, interpuesto contra sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique de fecha 9 de abril de 2008, que confirma la sentencia de primera instancia de 31 de agosto de 2006.

¹⁰⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 25 de noviembre de 2009. Ver comentario de esta jurisprudencia por Dougnac, F., “Caso Chusmiza y Usmagama. Comentario de una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema”, en Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental de la Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA, Mayo 2010, N°2, pp. 309-336.

Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1, preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera...”

C. Protección de ecosistemas indígenas.

El artículo 1 inciso 3 de la Ley Indígena dispone: “Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, 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.”

Sin perjuicio que la Ley Indígena no es una ley orientada hacia la protección ambiental de los territorios indígenas y de los recursos naturales que se encuentran en dichos territorios, hay algunas disposiciones que sí hacen mención a la necesidad de proteger ambientalmente estos recursos. En particular las normas que se refieren a la creación de “áreas de desarrollo indígena” (artículos 26 y 27 de la ley) apuntan a este objetivo. Así, la ley dispone que se podrán crear estas áreas a propuesta de la CONADI y que serán “Espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.”

Para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios:

- “a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
- b) Alta densidad de población indígena;
- c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;
- d) Homogeneidad ecológica, y
- e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.”

La CONADI podrá realizar estudios, planes, proyectos y convenios con otras autoridades y organismos, nacionales o internacionales, en beneficio de las áreas de desarrollo indígena.¹⁰⁵

D. Protección de humedales.

Existe una figura o categoría de protección que podría aplicarse al oasis que conforma Quillagua. Se trata de los “humedales de importancia internacional”, figura que ha sido creada por un instrumento internacional, la “Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves

¹⁰⁵ Vale la pena mencionar un caso especial de área de protección indígena creada por ley y llamada “Espacio Costero Marino de Pueblos Originarios” establecido por la Ley N° 20.249, publicada en el Diario Oficial de 18 de febrero de 2008 que en su artículo 2 letra e) lo define como “el espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio”.



Acuáticas” o Convención Ramsar, ratificada por Chile en 1981.

Dicha Convención dispone que “son humedales 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”. Dichos Humedales serán considerados de importancia internacional, conforme a su relevancia en términos ecológicos, botánicos, zoológicos, limnológicos o hidrológicos.

Las partes deben elaborar una Lista con los humedales de su territorio que consideran deben protegerse, asumiendo la obligación de elaborar y aplicar una planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista. Además, en la medida de lo posible, se comprometen al uso racional de los humedales de su territorio, y, a fomentar la conservación de los humedales y de las aves acuáticas creando reservas naturales en aquéllos.¹⁰⁶ La Secretaría de la Convención ha elaborado una serie de “Manuales para el uso racional de los Humedales” donde se establecen los criterios para la identificación y designación de Humedales de Importancia Internacional, lineamientos para aplicarlos, y metas a largo plazo.¹⁰⁷

A nivel interno el artículo 58, inciso tercero del Código de Aguas señala que: “No se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas.”

Por su parte, el artículo 63, del mismo Código dispone: “La DGA podrá declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección del acuífero, la cual se publicará en el Diario oficial. Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa. La DGA deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas.”

Mediante Resolución N° 909 de 28 de noviembre de 1996, la DGA procedió a identificar y delimitar las zonas que corresponden a acuíferos que alimentan vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta, con el propósito de resolver fundadamente solicitudes de autorización de exploraciones de aguas subterráneas en dichas zonas entendiendo dichas áreas como zonas de prohibición para mayores extracciones que las ya autorizadas o para la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento respecto de ellas; todo esto en pos de la protección de los humedales identificados, y sin perjuicio del uso consuetudinario económico y cultural que efectúan en ellos las comunidades indígenas.

La CONADI estableció que algunas vegas y bofedales que eran sustento de

¹⁰⁶ Obtenido desde la página web oficial de la Convención, texto en español, específicamente desde http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-home/main/ramsar/1_4000_2_ (30/08/2011).

¹⁰⁷ CONAMA, Informe Final “Propuesta de Homologación y Ampliación de Categorías de Manejo y Protección para la Conservación de las Áreas Marinas y Costeras”, 15 de enero de 2009, elaborado por Jorge Bermúdez, Dominique Hervé y otros.

comunidades indígenas no se encontraban protegidas, por lo que se procedió a solicitar a la DGA una actualización de la delimitación de los acuíferos. Por lo tanto, la primera Resolución ha sido modificada posteriormente por las Resoluciones de la DGA 529 y 464 de 08.10.2003 y 09.11.2004, respectivamente, las que han actualizado y ampliado la identificación y delimitación de los acuíferos señalados originalmente.¹⁰⁸ Esta restricción del Código de Aguas no está establecida directamente para la protección de sitios Ramsar, sino que para todos aquellos humedales ubicados en la II y III región de nuestro país, que hayan sido comprendidos dentro de las referidas resoluciones.

De esta manera, una posible vía de protección del ecosistema de la comunidad de Quillagua sería protegerlo como humedal, mediante alguna figura o categoría de protección nacional.¹⁰⁹ A su vez, esto permitiría someter al SEIA cualquier proyecto que se quisiera desarrollar y que afecte a Quillagua.¹¹⁰

E. Acciones judiciales interpuestas en el Juzgado de María Elena.

De acuerdo con los antecedentes recabados durante la visita a María Elena y la entrevista sostenida con el Juez de Letras de la comuna, la DGA entre los años 2007 y 2008 efectuó diversas denuncias (octubre 2007, noviembre 2007, abril 2008) por extracción no autorizada de aguas superficiales del Río Loa, en un sector ubicado en la comuna de María Elena, a unos 70 km al sur de Quillagua. Según los oficios de la DGA, "los antecedentes recogidos en terrenos suponen un uso periódico y prolongado de las aguas del río". De acuerdo con lo que allí se indica, los hechos identificados infringen diversas disposiciones del Código de Aguas sin perjuicio de lo establecido en el artículo 459 N°1 del Código Penal.¹¹¹ Las denuncias de la DGA se efectuaron para dar inicio a las correspondientes investigaciones y sanciones si corresponde. Los denunciados son las empresas Vecchiola S.A., y la empresa constructora San Felipe S.A.

Por otra parte, con fecha 13 de abril de 2010, el Juez de María Elena dicta sentencia que se pronuncia sobre la querrela interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado "contra toda persona que aparezca tener participación en calidad de autora, cómplice o encubridora del delito previsto y sancionado en el Art. 459 N° 1 del Código Penal, por haber participado o permitido la extracción de aguas desde el cauce del río Loa, a la altura del puente "La Posada", careciendo de título legítimo, invadiendo el derecho del Estado de Chile como único titular de las aguas y habilitado para conceder derechos de aprovechamiento con arreglo a las disposiciones del Código de Aguas, ilícito de carácter reiterado y agravado por haberse cometido en despoblado".¹¹²

108 Ibidem.

109 Tales como una reserva nacional, santuario de la naturaleza, o zona o centro de interés turístico. Ibidem.

110 Artículo 10, letra p) de la Ley de Bases del Medio Ambiente sostiene que deben someterse al SEIA "la ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo **protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita**".

111 Artículo 459 del Código Penal: "Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte sueldos vitales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos: 1.º Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera. 2.º Rompieren o alteraren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos. 3.º Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas. 4.º Usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turbaren a alguno en su legítima posesión".

112 Sentencia de primera instancia, RIT N° 615-2008.



El fallo absuelve a las personas querelladas y en contra de dicha resolución, tanto el Ministerio Público, como el Consejo de Defensa del Estado, interpusieron dos recursos de nulidad, los cuales fueron rechazados con fecha 21 de junio de 2010 por la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta.¹¹³

Por último, y lo más relevante para nuestro estudio, es que a partir de información obtenida de fuentes secundarias, hemos tomado conocimiento de que “la Comunidad de Quillagua, a través de sus múltiples gestiones para restablecer sus derechos, logró que el Jefe Regional de la Dirección General de Aguas (DGA) del Ministerio de Obras Públicas de la II Región de Antofagasta, un equipo de profesionales, iniciara una investigación acerca de las causas de la falta de agua que los afecta desde el año 2000. La DGA, comprobó que SQM realizó extracciones de aguas en lugares no permitidos y tiene construcciones ilegales en el río Loa, sin aún conocerse cuantos son los caudales que se extraen.

Esto llevó a que el 26 de Enero de 2007, la DGA interpusiera una demanda en contra de SQM, en el Juzgado de Letras de María Elena, por uso indebido de aguas del río Loa, violando el Código de Aguas. Además, la DGA anunció medidas para investigar a otras empresas mineras, y obligarlas a instalar sistemas de medición de extracción de aguas con datos satelitales y evitar la extracción de caudales mayores a los permitidos, tal como lo presumen las comunidades atacameñas.

La esperanza de la población de Quillagua, es que estas acciones restablezcan el normal curso del río, para hacer uso de sus derechos de aguas de 66 l/s. Además, esperan que la fiscalización de la DGA, identifique a nuevos responsables de la sequía del río Loa, los que deberían a los menos, reparar y compensar el daño ambiental, social y económico causado”.¹¹⁴ Sin embargo, no ha sido posible obtener información del Juzgado de María Elena sobre esta causa, a pesar de haberla solicitado reiteradamente.

VI. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este estudio, hemos podido observar la realidad de un caso particular de depredación socioambiental de la Minería del Cobre en Chile. Se abren de este modo, dos importantes alternativas de debate como pueden ser, por un lado, el peso y la contribución económica al desarrollo del país de una comunidad pequeña y aislada como Quillagua, versus la envergadura ingente que en ese mismo sentido tiene la Gran Minería. Por otro lado, surge la duda razonable sobre si Quillagua y María Elena son casos que se podrían considerar típicos y generalizables a la realidad del impacto que produce la minería en Chile. No cabe duda que los detractores a esta idea dirán que el caso estudiado se trata de una excepción, pues no se ha verificado otra situación de tal envergadura, lo que estadísticamente muestra que desarrollo local y gran minería han podido convivir con éxito.

Respetuosamente, diferimos de esta opinión. Quillagua, si bien es un caso que llega a los extremos de la gravedad, de una forma que no se ha visto en los 13 años transcurridos desde los sucesos de contaminación del río Loa, a raíz de este

¹¹³ Como no se trata de una causa dirigida contra las empresas mineras por uso ilegal de derechos de aguas, no hemos profundizado en el análisis de esta sentencia.

¹¹⁴ Portal Choapa, disponible en: <http://www.portalchoapa.cl/detalle.php?seccion=medioambiente&id=72> (30/08/2011)

estudio podemos aseverar con certeza que el caso muestra más constantes que variables, lo cual permite proyectar otras realidades actuales que se han desarrollado de una forma alarmantemente similar. Quillagua no es necesariamente hoy un caso típico, pero según veremos, sí se trata de una mirada al futuro cercano de otras comunidades análogas:

A. Minería y agua

En Chile, no es coincidencia, la Gran Minería del Cobre se desarrolla principalmente en el norte, desde la primera a la Cuarta Región. Justamente estas zonas se caracterizan por ser de áridas a derechamente desérticas, donde el agua juega un rol fundamental en la existencia y subsistencia de la vida humana, animal y vegetal y de la conservación del estilo de vida tradicional de las etnias locales. Como se dijo al inicio de este artículo, es una certeza que el agua es un insumo crucial para el desarrollo de la minería y como ésta se desarrolla en una zona donde es un bien escaso y compartido, la pugna por su utilización es un tema que se vive a diario. En este sentido, lo que pasó con Quillagua respecto de la extracción de agua, la compra desigual e injusta de derechos de agua a los lugareños y el consiguiente desabastecimiento del bien que actualmente sufre la localidad, no es un tema aislado. A modo de ejemplo encontramos los casos de la comunidad de Caimanes¹¹⁵ (comuna de Los Vilos, IV región) y de los agricultores del valle del Huasco (comuna de Vallenar, III región) con los proyectos Minera Pelambres de Antofagasta Minerals y Pascua-Lama de Barrick Gold, respectivamente. En ambos sucesos recientes, la pugna por el agua marcó toda la fase preliminar a la implementación y ambas se resolvieron por acuerdos más o menos similares a lo sucedido en Quillagua.

Ante la preponderancia económica y política de la minería, las comunidades insuficientemente empoderadas no han tenido más alternativa que deshacerse de sus derechos de agua a cambio de una cierta cantidad de dinero. Esto demuestra fehacientemente la incompatibilidad de la minería con la agricultura cuando el agua es escasa.

B. Ausencia de regulación de cierre de las faenas mineras

Queda claro con lo expuesto en el estudio que la situación de los relaves mineros es bastante grave. En el caso particular del río Loa y sus sectores aledaños, existe un número importante de relaves abandonados sin un tratamiento adecuado. En efecto, diversos antecedentes indican que una de las causas de la contaminación de este curso fluvial corresponde a la filtración de los percolados de los tranques de relave y otros embalses artificiales hacia sus napas freáticas. Esta situación de filtración es un riesgo latente en todos los tranques de relaves, además de que sus contenidos también se pueden verter de manera superficial en caso de fallas estructurales, afectando aguas superficiales y subterráneas, arruinando cultivos y amenazando la vida humana.

Resulta bastante curioso e inquietante que en un país que ha basado su desarrollo económico en la minería y se vanagloria de estar a la vanguardia mundial de dicha

¹¹⁵ Al respecto, consultar la publicación "La batalla del agua del Valle de Pupío", Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA), auspiciada por Oxfam América, Chile, marzo de 2009.



actividad, no exista aún un marco legal óptimo que obligue a establecer un plan de cierre y tratamiento de desechos mineros luego del cierre de la faena minera. Esta es la misma norma (o falta de ella) que se aplica actualmente, donde un plan de cierre no es una obligación o requisito mínimo de aprobación de un proyecto minero, sino una señal de buena fe de los titulares de explotaciones mineras. Por otra parte, como también se evidencia en otras constantes analizadas en estas conclusiones, cuando excepcionalmente se da la existencia de un plan de cierre, este es evaluado en su letra en relación al cumplimiento formal de la legislación ambiental, pero no se mide su idoneidad.

C. Externalización de costos ambientales

La anterior situación en gran parte se debe a que en Chile, como en otros países, las empresas mineras no están obligadas a reparar los impactos ambientales ocasionados por sus operaciones. Así, los costos ambientales que las empresas mineras generan no son internalizados en su gestión financiera. Lo anterior implica no sólo que la degradación del medio ambiente no representa un costo económico para estas empresas, sino también que en la práctica sus operaciones son subsidiadas por quienes se ven afectados por sus impactos ambientales no compensados.¹¹⁶

En otras palabras, estamos frente a un clásico ejemplo de externalidades ambientales negativas, en donde los costos privados de las empresas mineras son menores que los costos sociales que conllevan sus actividades. Si bien existen diversos caminos para corregir esta situación, el principio conocido como “el que contamina paga”, que establece que quienes contaminan el medio ambiente deben asumir los costos asociados a dicha contaminación,¹¹⁷ corresponde al mecanismo más popular para internalizar los costos ambientales.¹¹⁸

De hecho, mientras en términos generales Morán señala la importancia de asegurar la aplicación de este principio para reducir los impactos ambientales de la minería,¹¹⁹ para el caso de Chile la OCDE recomienda explícitamente aplicarlo para que el país avance hacia una minería sustentable.¹²⁰

D. Falta de empoderamiento y organización de las comunidades

Se constata en el estudio, que es un hecho que el conjunto de acciones administrativas y judiciales están claramente infrutilizadas. Las Municipalidades no se han atrevido a iniciar procesos en contra de los proyectos mineros. La sociedad civil presente en la zona no está organizada y probablemente no conoce sus derechos o teme represalias. Por su parte, parece improbable que el Consejo de Defensa del Estado demande, por ejemplo, a Codelco –la empresa estatal de Chile- por daño ambiental.

¹¹⁶ Morán, R. “Impactos ambientales en la minería. Algunas notas sobre su costo económico”. Washington, USA, 2001.

¹¹⁷ Si bien el origen moderno de este principio suele atribuirse a la OCDE en 1972, su planteamiento general fue propuesto por Platón en el siglo V AC. En efecto, en Las Leyes, Libro Octavo, sección 485, Platón expresa que “si alguno corrompe el agua de otro ... irá a quejarse ante los astinomos y hará él mismo la estimación del daño, y aquel que resulte convencido de haber corrompido el agua, además de la indemnización de perjuicios, estará obligado a limpiar la fuente o el depósito, conforme a las reglas prescritas por los intérpretes según la exigencia de los casos y de las personas”.

¹¹⁸ Preston, B. “Sustainable development law in the courts: The polluter pays principle”. *Environmental and Planning Law Journal* 26 (4), pp. 257–266.

¹¹⁹ Morán, R., ob. cit.

¹²⁰ OCDE & CEPAL, ob. cit.

La contaminación del agua en la zona de Quillagua nunca fue objeto de una acción legal que buscara identificar las causas y los responsables del daño ocasionado al medio ambiente y a los pobladores del lugar. Dada la regla de la prescripción en materia de responsabilidad por daño ambiental pareciera haberse perdido la oportunidad de interponer una acción por daño ambiental de acuerdo con la Ley de Bases del Medio Ambiente por los eventos de contaminación de las aguas ocurridos durante los años 1997 y 2000.

Esta situación no quiere decir que exista una especie de abulia en la sociedad, de hecho tanto en el caso de Quillagua como en otros análogos, se puede percibir tanto el conocimiento de los conflictos como el ánimo de sobrellevarlos o combatirlos de ser necesario. El problema que se evidencia (según las impresiones de los propios lugareños) es la falta de atención de la administración a los problemas locales, en términos de difusión, información y educación, lo que produce una sensación de desorientación generalizada en los afectados o amenazados por daños ambientales. Esto, sumado a los exiguos mecanismos que la ley y la normativa establece en cuanto a la participación ciudadana y el excesivo legalismo de la administración al implementarlas (se cumple la norma con lo justo y suficiente, no con lo idóneo), tiene como consecuencia un desnivel insuperable respecto de quien sería la contraparte, como el titular de un proyecto minero, que tiene toda la información que necesita.

La desorientación y falta de articulación que desemboca en el escaso acceso a la justicia administrativa y judicial por parte las comunidades, es por todo lo dicho, no un problema exclusivo de Quillagua y María Elena, sino de prácticamente toda la ruralidad en Chile.

E. Escasa e infructuosa fiscalización

Las medidas de mitigación, compensación y reparación si bien, en la norma, son un buen instrumento para enfrentar los impactos ambientales de los proyectos que ingresan al SEIA mediante Estudio de Impacto Ambiental, sufren del formalismo que caracteriza al SEIA en general, donde la autoridad se preocupa nada más de cotejar que dichas medidas se ajusten a las exigencias de la legislación ambiental para aprobarlas, sin que esto suponga necesariamente abordar los impactos ambientales de una manera sustentable.

La fiscalización, en este sentido, sigue la misma suerte que la aprobación de los proyectos mineros, es decir, opera dentro de la regla. Es posible advertir que la autoridad hace su trabajo, pero, nuevamente, extremadamente apegado a la legalidad a pesar de contar con la información necesaria que le permitiría ser más celosa del patrimonio ambiental de la región y de las consideraciones sociales asociadas a los impactos sobre dicho patrimonio.

En este deficiente marco normativo y excesivamente legalista de los órganos fiscalizadores, se desenvuelve la situación actual de Quillagua (incluso desde los episodios de contaminación del año 1997, fecha en que la normativa ambiental del SEIA se encontraba vigente) y todos los proyectos mineros de la actualidad.

Al respecto, cobra particular importancia la especial situación del Estado chileno como administrador y como empresario. Difícilmente se puede concebir como idóneo un sistema en que el empresario sea el propio encargado de fiscalizarse



y sancionarse a sí mismo, sobre todo en un sistema económico que privilegia la minería, sumado además a los grandes beneficios económicos que Codelco le reporta al Estado. En este sentido, no existe solamente un elevado conflicto de intereses, sino que derechamente hay un marco jurídico que privilegia a Codelco por sobre otras actividades extractivas e incluso otros emprendimientos mineros. Esta razón explica porqué en general los criterios de fiscalización aplicados a la minería, según fue expuesto en el estudio, se dedican mayoritariamente al elemento aire, en menor medida al elemento suelo y sobre los cuerpos de agua no hay fiscalización, pues es considerada un insumo fundamental para la actividad minera. De esta manera, situaciones como la de Quillagua quedan fuera de toda asignación de responsabilidades, pues el contaminador es el mismo fiscalizador y, en definitiva, el mismo sancionador.

LAS AGUAS DEL MINERO

José Ignacio Morán Ovalle *

I. INTRODUCCIÓN

La escasa disponibilidad de agua en la zona norte de Chile ha constituido desde siempre una problemática cuando se trata de llevar adelante proyectos mineros. En efecto, debido a esa escasez, hoy en día los proyectos mineros existentes en el sector norte de nuestro país se han visto obligados a utilizar las más variadas alternativas para abastecerse del recurso hídrico.

Así por ejemplo, algunos han optado por extraer aguas directamente desde el mar y bombearlas hacia el sector del proyecto. Otros, han preferido someterse a largos procedimientos administrativos y trasladar el ejercicio de sus derechos desde los valles agrícolas hasta sus minas. Incluso, existen compañías mineras que han decidido construir acueductos de cientos de kilómetros para transportar aguas de un punto lejano hasta el lugar de sus faenas.

Ahora bien, existe también una alternativa que utilizada en forma correcta, puede ayudar considerablemente al abastecimiento del recurso hídrico de los distintos proyectos mineros.

En efecto, las aguas halladas como consecuencia de las labores mineras ejecutadas dentro de los distintos proyectos mineros, pueden presentarse como una ventaja muy útil a la hora de abastecer las necesidades hídricas de éstos. Estas aguas, son las llamadas *“aguas del minero”*.

Pero, cómo sabemos cuándo estamos en presencia de *“aguas del minero”*, cuáles son sus principales características y cómo pueden aprovecharse correctamente, son algunas de las preguntas prácticas que surgen de tanto en tanto en el sector minero.

De esta forma, el presente estudio tiene por objeto analizar la situación jurídica de aquéllas aguas halladas producto de las labores de exploración y explotación minera realizadas por el titular de derechos mineros dentro del área territorial cubierta por sus concesiones mineras.

Se intentará entonces, en estas páginas, resolver jurídicamente algunas dudas que a veces nacen a partir del hallazgo de las denominadas *“aguas del minero”*.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile y ayudante Derecho de Aguas en esa misma Universidad.



II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS “AGUAS DEL MINERO”

Las principales disposiciones legales que tratan sobre esta materia, se encuentran contenidas en el Código de Minería y en el Código de Aguas.¹

En efecto, el artículo 110 del Código de Minería establece:

“El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 56 del Código de Aguas señala:

“Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación.”

Cabe tener presente que existe una contradicción entre estas dos normas puesto que el Código de Minería se refiere a “concesiones mineras” y el de Aguas a “pertenencias mineras”, es decir, la norma del Código de Minería es más amplia.²

Se discute en doctrina qué norma debiese primar. Algunos autores, aplicando el principio de especialidad, han señalado que debiese primar el artículo 56 del Código de Aguas por ser una norma más especial. Otros, han afirmado que la norma del Código de Aguas debiese entenderse derogada por el artículo 244 del Código de Minería (norma posterior al artículo 56 del Código de Aguas) que declara derogadas todas las disposiciones que contradigan dicho Código. Nosotros estamos por esta segunda interpretación.

III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS “AGUAS DEL MINERO”

A. Concepto “aguas del minero”

Podemos definir a las “aguas del minero”, como aquel derecho de aprovechamiento de aguas otorgado por el sólo ministerio de la ley al dueño de una concesión minera sobre las aguas que éste alumbra en sus labores mineras y que se encuentra sujeto a determinados requisitos y a las modalidades que establece la ley.

Cabe señalar que la voz “halladas” nos indica que se trata de aguas subterráneas que son, conforme al artículo 2 del Código de Aguas, las que están ocultas en el seno de

1 Podemos agregar también que el inciso final del artículo 8 de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras establece, en relación a esta materia, que “Los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua que en su favor establezca la ley”

2 Ello puesto que el concepto de concesiones mineras comprende a las concesiones mineras de exploración y las de explotación. En cambio, cuando hablamos de pertenencias mineras sólo nos referimos a la de explotación. Así se desprende del artículo 2 del Código Minero, el cual en su parte final señala lo siguiente: “La concesión minera puede ser de exploración o de explotación; esta última se denomina también pertenencia. Cada vez que este Código se refiere a la o las concesiones, se entiende que comprende ambas especies de concesiones mineras”.

la tierra y no han sido alumbradas. Las aguas superficiales no podrían hallarse toda vez que son aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre.

B. Las “aguas del minero” se adquieren por el sólo ministerio de la ley

En segundo término, y tal como se desprende del punto anterior, cabe señalar que estamos frente a uno de los casos que contempla nuestra legislación en donde se obtiene un derecho de aprovechamiento de aguas, por el sólo ministerio de la ley. La regla general es que los derechos de aprovechamiento se constituyan por acto de autoridad³, sin embargo, el Código de Aguas y otros cuerpos legales, contemplan ciertas excepciones a esta regla y las “aguas del minero” es una de ellas.

Efectivamente, así lo dispone la ley, de esta manera lo ha interpretado la doctrina nacional y así también lo han entendido nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Esto último queda perfectamente plasmado en el considerando tercero del fallo dictado con fecha 13 de agosto de 2009 por el Excelentísimo Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 1.281-08 el cual señala que:

“Tanto el artículo 56 del Código de Aguas como el artículo 110 del Código de Minería permiten obtener un título que emana de la ley y no del derecho de aprovechamiento entregado por la Dirección General de Aguas, conocido como las aguas del minero”.

Por su parte, así lo afirma también la Resolución N° 364 de fecha 23 de septiembre de 1988 de la Dirección General de Aguas. En este caso la compañía minera Anaconda-Chile solicitó la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas halladas dentro de sus concesiones y producto de sus labores mineras. La resolución denegó la solicitud señalando que no es posible constituir derechos de aprovechamiento sobre las “aguas del minero” puesto que el titular de las concesiones se hace dueño de estas aguas por el solo ministerio de la ley.

En efecto, la resolución citada afirma en su considerando a) lo siguiente:

“que las aguas solicitadas han sido halladas en labores mineras y dentro de las pertenencias mineras de la peticionaria”.

Y en su considerando b) establece:

*“que según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 56 del Código de Aguas, corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”.*⁴

³ Los derechos de aprovechamiento se constituyen en general por resolución de la Dirección General de Aguas y excepcionalmente por decreto del Presidente de la República. Artículo 20 inciso 1° y 60 del Código de Aguas.

⁴ Resolución citada de Alburquerque, Winston. “Los Derechos de Aguas del Minero”, en Revista de Derecho Económico, Vol. II, N° 1, 2000, p.14.



IV. REQUISITOS PARA QUE EL MINERO ADQUIERA EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

De lo antes explicado, podemos concluir que existen ciertos requisitos que deben reunirse para que el minero adquiera el derecho de aprovechamiento de aguas al que nos estamos refiriendo:

A. Debe ser un concesionario minero ya constituido

Lo anterior tiene su fundamento en que la intención del legislador ha sido otorgar el aprovechamiento de estas aguas para que sean usadas en faenas mineras, y éstas sólo pueden llevarse a cabo con un título habilitante.

Esto significa que las concesiones del minero deben encontrarse vigentes y no en trámite. Sólo así el concesionario minero, ya sea de exploración o explotación, podrá utilizar legítimamente las aguas.

B. Las aguas deben ser halladas en las “labores de su concesión” minera

Este requisito presenta varias aristas. En primer lugar, dice relación con que el alumbramiento de las aguas debe obedecer a un hecho acaecido durante la ejecución de las faenas de exploración y/o explotación minera. El hallazgo de las aguas no debe ser producto de trabajos destinados a encontrarla, es decir, no debe ser intencional. Además este requisito se refiere al lugar en donde se podrán usar estas aguas. De la sola lectura de los artículos citados en el capítulo anterior, podría desprenderse que el recurso hídrico encontrado sólo podría utilizarse dentro de los límites geográficos de la concesión minera específica en donde fue hallado.

Sin embargo, si observamos la realidad de la actividad minera, la cual se lleva a cabo no sólo dentro de la superficie que abarca una concesión minera específica sino que dentro de la zona que cubre un grupo de concesiones y más concretamente dentro del área que envuelve un proyecto minero, creemos, aunque es discutible, que este requisito debiese interpretarse en un sentido amplio.⁵

Estimamos entonces que las aguas halladas podrían utilizarse en toda el área que envuelve un proyecto minero, es decir, en toda aquella zona en donde se desarrollan el “conjunto de actividades civiles, comerciales o de otra naturaleza que se relacionan directamente con la adquisición, investigación, prospección, exploración y explotación de yacimientos o de concesiones y derechos mineros en general; con el beneficio de minerales y obtención, a partir de ellos, de productos y subproductos mediante su fundición, refinación u otros procesos; y con el transporte y comercialización de los mismos”.⁶

⁵ Efectivamente así lo han entendido varios autores entre ellos don Alejandro Vergara Blanco y el profesor Winston Alburqueque. Este último así lo señala en “Los Derechos de Aguas del Minero”, en Revista de Derecho Económico, Vol. II, N° 1, 2000, p. 16, en donde afirma que “la voz en labores de la concesión utilizada en el artículo 110 del Código de Minería se debe entender como que las aguas halladas no sólo pueden ser utilizadas en las labores materialmente situadas en el terreno cubierto por la concesión en que fueron halladas, sino que tales aguas podrían ser utilizadas en las labores mineras situadas en terrenos cubiertos por cualquier concesión minera que forme parte del ‘proyecto minero’.”

⁶ Artículo 2 del Tratado entre la República de Chile y la República de Argentina sobre Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina firmado con fecha 29 de diciembre de 1997.

En este mismo sentido, afirma el profesor Alejandro Vergara Blanco que *“sin perjuicio de que las actividades mineras son variadas, forman un conjunto...de ahí que todas las concesiones mineras en que esté situado el conjunto de instalaciones que conforman las faenas mineras, y que se encuentren en el sector, deben entenderse que forman parte de un mismo conjunto, el que en términos de economía práctica se denomina un mismo ‘proyecto minero’.”*

Es decir, las aguas halladas dentro de los límites del área que cubre una concesión minera inserta en un grupo de concesiones que forman un determinado proyecto minero, pueden ser utilizadas en cualquier lugar del proyecto minero.⁷

C. El concesionario minero para tener derecho a las aguas, debe tener un título de ocupación del suelo que lo habilite para ejercer las labores mineras

Si bien este requisito no se establece en las normas citadas previamente, se desprende del régimen jurídico que regula el ejercicio de los derechos mineros: artículo 19 N° 24 inciso 6 de la Constitución Política de la República, artículo 8 Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, artículo 109 Código de Minería, artículo 120 y siguientes del Código de Minería, entre otros.

Este requisito apunta a que el titular de una concesión minera debe ser titular de una servidumbre minera, arrendatario o ser dueño del terreno superficial donde se encuentran las faenas, para hacerse dueño del derecho de aprovechamiento en estudio.

D. Los derechos de aprovechamiento de aguas que nacen de la concesión minera acceden a ésta y solamente pueden ser usados para la exploración, explotación y beneficio de minerales, y en la medida que dichos usos lo requieran

De este requisito, tal vez el más importante, se desprende que los derechos de aprovechamiento de aguas que recaen sobre estas aguas están sujetos a ciertas modalidades. En el numeral siguiente se analizan cada una de estas modalidades.

V. MODALIDADES A LAS QUE SE ENCUENTRAN SUJETAS LAS “AGUAS DEL MINERO”

Efectivamente, es muy importante tener presente que este derecho de aprovechamiento de aguas está sujeto a ciertas modalidades:

A. El derecho está sujeto a un plazo determinado puesto que se extingue junto con la concesión minera

De lo anterior se desprende que estos derechos de aprovechamiento son inseparables

⁷ Vergara Blanco, Alejandro. “Reconocimiento ipso jure y ejercicio de especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras”, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Escuela de Derecho, Actas de las II Jornadas de Derecho de Minería, 1999, p. 169.



de la concesión minera, lo cual les da un carácter de accesorio frente a la misma. Asimismo, el hecho de que este derecho de aprovechamiento esté sujeto a un plazo es una excepción, pues sabemos que los derechos de aprovechamiento de aguas se constituyen de forma indefinida.

B. Se encuentra restringido en cuanto a su uso, ya que su titular solamente puede utilizar las aguas halladas en tareas propias mineras

Así, la utilización del recurso hídrico se encuentra circunscrita únicamente a las necesidades propias de explotación, exploración y beneficio del mineral.

Es conveniente detenerse aquí a explicar en qué consisten la explotación, exploración y beneficio del mineral. Nuestra doctrina nacional ha definido estas actividades en los siguientes términos: a) exploración es aquella actividad destinada a investigar la existencia de nuevos yacimientos y profundizar el conocimiento de los ya descubiertos; b) explotación consiste en extraer las sustancias minerales del depósito del cual forman parte, y c) beneficio es la actividad cuyo propósito es tratar las sustancias extraídas, para aumentar su concentración y librarlas de impurezas, poniéndolas así en aptitud de ser elaboradas.⁸

De esta forma, por ejemplo, este tipo de derecho de aprovechamiento no podría conducirse a través de un acueducto y utilizarse para regar un predio agrícola.

Ahora bien, ¿qué sucede en situaciones menos claras que la recién descrita como en los casos en que se desean utilizar estas aguas en tareas ligadas a la minería pero no estrictamente a las actividades de explotación, exploración y beneficio del mineral? Por ejemplo, cabría preguntarse, ¿podrían utilizarse estas aguas en actividades de mitigación ambiental, como lo son la humectación de caminos dentro de los proyectos mineros?

Creemos que se trata de un tema muy discutible, puesto que existen argumentos válidos tanto para sostener que sí podrían aprovecharse estas aguas en dichas tareas, como para fundamentar lo contrario.

En este caso estimamos que la interpretación debiese ser restrictiva por constituir las "*aguas del minero*" un derecho de aprovechamiento especialísimo, no pudiendo aplicarse por analogía la utilización de estas aguas a otras actividades que no sean las estrictamente señaladas. Además consideramos que el Código de Minería es claro al señalar que las aguas deben utilizarse en trabajos de exploración, de explotación y de beneficio del mineral por lo que no cabría en principio su utilización en actividades como la humectación de caminos.

C. Está limitado en cuanto a su caudal puesto que su titular sólo puede extraer las aguas realmente necesarias para sus labores mineras

En efecto, si el agua hallada no es suficiente para abastecer las necesidades de proyecto minero el titular de éste debe solicitar los derechos de aprovechamiento

⁸ Ossa Bulnes, Juan Luis. Derecho de Minería. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, 2007, p. 11.

necesarios en conformidad con las disposiciones del Código de Aguas (artículo 111 Código de Minería).

Por otra parte, si nos remontamos a la historia de la ley, podemos observar que la Secretaría de Legislación de la Honorable Junta de Gobierno, refiriéndose especialmente al artículo 110 del proyecto de Código Minero, señaló: “... En concordancia con la legislación de aguas, se limita ese derecho de aprovechamiento a **las que sean necesarias** para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que se puedan realizar, según la concesión de que se trate”.⁹ (La negrita y el subrayado es nuestro).

Así, sólo pueden utilizarse las aguas en la dotación necesaria, es decir si por ejemplo se encuentra una napa subterránea con un flujo de 100 litros por segundo y para las labores mineras solamente se requieren 10 litros por segundo, únicamente se podrán usar esos 10 litros por segundo.

VI. INSCRIPCIÓN DE “LAS AGUAS DEL MINERO”

Con respecto a si estos derechos de aprovechamiento deben o no ser inscritos en el Conservador de Bienes Raíces (“CBR”), respectivo podemos señalar que en teoría no debieran inscribirse, pues son derechos otorgados por el solo ministerio de la ley.¹⁰

Sin embargo, se ha hecho frecuente en la práctica que por una acción de mera certeza se le solicite al tribunal competente que ordene su inscripción. No obstante, consideramos que ello podría generar un efecto contrario al deseado puesto que, entre otras cosas, como son derechos accesorios a la concesión minera y por un caudal variable (pues son sólo por las aguas “necesarias”), a la hora de su inscripción, podrían existir ciertos problemas, por ejemplo con la determinación del caudal “necesario”. Lo anterior podría generar la misma incerteza, en cuanto a su vigencia y dotación, que se supone que la inscripción pretende subsanar.

En relación a si deben ser registrados en el Catastro Público de Aguas¹¹ (“CPA”) que lleva la Dirección General de Aguas (“DGA”), podemos indicar que el reglamento del CPA señala que estos derechos de aprovechamiento deben inscribirse en dicho catastro. En efecto, el CPA en su artículo 33, letra c) estipula:

“De acuerdo a lo establecido en el artículo 122 inciso segundo del Código de Aguas, en el Catastro Público de Aguas se consignarán todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con los derechos de aprovechamiento. Consecuentemente con lo anterior, deberán registrarse en el Catastro Público de Aguas los siguientes derechos de aprovechamiento:

c) Aquellos a que se refiere el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas, el artículo 110 del Código de Minería y el artículo 8° de la Ley N° 18.097, de 1982, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.”

⁹ Vergara Blanco, Alejandro. Op. cit. (7), p.159.

¹⁰ Ossa Bulnes, Juan Luis. Op. cit (8), p. 233.

¹¹ El Catastro Público de Aguas es un registro que debe llevar la DGA en el cual deben inscribirse los derechos de aprovechamiento, las organizaciones de usuarios, ciertas obras hidráulicas, etc.



Sin embargo, creemos que este tipo de inscripciones en los hechos podrían traer los mismos problemas señalados anteriormente respecto de las inscripciones conservatorias. Sobre todo si consideramos que en la práctica uno de los datos más relevantes a registrar por la DGA en su catastro es el caudal específico a extraer.

De esta forma, nos parece que la disposición recién citada no es coherente con lo señalado en el Código de Minería y en el Código de Aguas, por lo que estimamos que debiese ser modificada. Si la DGA busca contar con información respecto de qué proyectos mineros están utilizando este tipo de derechos, estimamos que debiese elaborar un instrumento *ad hoc* que, reconociendo los requisitos y modalidades a los que se encuentran sujetos estos derechos, le permitiese saber con certeza qué proyectos mineros son aquéllos que se aprovechan las aguas en comento.¹² Lo anterior sin perjuicio de las normas que obligan al titular de un proyecto minero a informar acerca del recurso hídrico existente dentro del área de su proyecto.¹³

Por otro lado, cabe tener presente que de acuerdo al mismo artículo del reglamento del CPA antes citado, la sanción por no inscribir este tipo de derechos en el CPA sería la no recepción por parte de la DGA de cualquier solicitud relativa a los mismos.¹⁴ En este mismo sentido, el Código de Aguas en su artículo 122 inciso 7 señala que respecto de los derechos no inscritos no se podría realizar ningún acto ante la DGA ni ante la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Por tanto, de no requerir el titular del derecho ningún permiso ante la DGA, podemos concluir que el recurso podría utilizarse sin problemas pese a no estar inscrito en el CPA.

VII. OPOSICIONES DE TERCEROS

Respecto de si pueden oponerse terceros afectados por el uso de las “*aguas del minero*”, estimamos que sí podrían oponerse al ejercicio de estos derechos, mas no al derecho mismo puesto que éste fue otorgado directamente por la ley. Los terceros perjudicados podrían hacer valer sus derechos y solicitar a la DGA la aplicación de determinadas medidas como, por ejemplo, reducciones temporales de extracción.

Los terceros también podrían hacer valer sus derechos ante la Justicia Ordinaria a través de la interposición de un amparo judicial.¹⁵ Hay que recordar que uno de los principios rectores de nuestro Derecho de Aguas es el absoluto respeto y no afectación de los derechos de aprovechamiento de terceros constituidos con anterioridad.

12 Es del caso señalar que revisado a la fecha de este estudio el CPA, no existe registro alguno de este tipo de derechos de aprovechamiento.

13 En relación a esta obligación de informar podemos por ejemplo citar el artículo 97 del Reglamento de Seguridad Minera que estipula que: “La Empresa Minera debe documentarse en forma detallada respecto a la situación, extensión y profundidad de las labores antiguas, características del terreno, rocas, presencia de nieve y de los depósitos naturales de agua (fallas y cuevas acuíferas) que puedan existir dentro de sus pertenencias. Esta información deberá estar actualizada y disponible en todo momento”.

14 Esto significa, por ejemplo, que el titular del derecho no inscrito en el CPA no podría solicitar el cambio de fuente de abastecimiento del mismo (artículos 158 y siguientes del Código de Aguas)

15 Artículo 181 y siguientes del Código de Aguas.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La ley otorga directamente al titular de una concesión minera el derecho de aprovechamiento de aguas sobre las aguas que éste halle en su faena minera. Para que el minero se haga dueño de estas aguas, deben reunirse ciertos requisitos establecidos en la ley, requisitos que han sido recogidos por la doctrina y por la jurisprudencia nacional.

Asimismo, estos derechos de aprovechamiento, a diferencia de la regla general, están sujetos a ciertas modalidades que es muy importante tener en consideración y respetar a la hora de su utilización.

En cuanto la inscripción de este tipo de derechos de aprovechamiento en el CBR, la ley no exige que estos derechos se inscriban en el CBR. Por su parte, en cambio, el reglamento del CPA señala que sí deben registrarse en dicho catastro.

Esto último, por ser un derecho sujeto a ciertas modalidades, traería ciertas dificultades prácticas. Por ello, estimamos que la DGA debiese redactar un documento que, entendiendo los requisitos y modalidades a los que se encuentran sujetos estos derechos, le permitiese conocer y estar informada sobre aquellos proyectos mineros que aprovechan las aguas en cuestión.

Ahora bien, antes de terminar este artículo, es necesario hacer presente que debe tenerse cuidado de no flexibilizar demasiado los conceptos aquí esgrimidos. En efecto, para muchos proyectos mineros que encuentran aguas dentro de sus concesiones podría resultar en extremo útil no tener por ejemplo que solicitar la constitución de derechos de aprovechamiento a la DGA, ni comprarlos ni arrendarlos, ni utilizar ninguna de las costosas alternativas mencionadas al principio de este estudio.

Efectivamente, puede resultar atractivo para el titular de un proyecto minero que encuentra aguas al interior de sus concesiones, extraerlas y utilizarlas sin cumplir con las disposiciones antes descritas. Pero es preciso tener claro que, tal como hemos revisado, no todas las aguas halladas dentro de un proyecto minero constituyen "*aguas del minero*" ni pueden asemejarse a ellas.

Y si bien es cierto que el legislador ha estimado conveniente otorgar por el solo ministerio de la ley este tipo de derechos a quienes ejercen la actividad minera, no por ello los titulares de proyectos mineros están facultados para sacar provecho de esta figura jurídica utilizando el recurso hídrico hallado en el área de sus concesiones sin que se reúnan los requisitos legales o no dando cumplimiento a las modalidades más arriba revisadas.

Las "*aguas del minero*" están insertas dentro del estatuto general de las aguas regulado por nuestro ordenamiento jurídico y por ello, su extracción y uso debe realizarse en conformidad con la legislación de aguas vigente.

Nunca debe perderse de vista que la correcta utilización de las "*aguas del minero*" se ejerce en armonía con el medio ambiente, sin afectar la disponibilidad hídrica de la cuenca y sin perjudicar en ningún caso derechos de aprovechamiento de terceros.



Por último, estamos seguros que el hecho de que en nuestro país la actividad minera esté concentrada en zonas de extrema sequedad, hace que la gestión adecuada y sustentable del agua constituya, hoy en día, el mayor desafío para la minería en Chile.

Para alcanzarlo, habrá que sumar esfuerzos públicos y privados en orden a potenciar la eficiencia en el uso del agua, actuando ante todo con responsabilidad y respetando siempre el entorno ecológico.

AUTODENUNCIA EN LA LEY QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

¿Un Real Incentivo Al Cumplimiento Ambiental?

Rossi Saavedra Isla *
Oscar Reicher Salazar **

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 26 de enero de 2010 se publicó la Ley N° 20.417 que creó el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia del Medio Ambiente. Esta norma reforma la institucionalidad ambiental que tenía nuestro país, con instituciones como la Comisión Interministerial de Ecología de 1984, y años después la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA).

Como consta durante la historia de la Ley N° 20.417, la institucionalidad ambiental fue objeto de varios estudios que analizaban el desempeño de ésta y la búsqueda de nuevos modelos de organización.

Uno de esos aspectos es el relativo a la fiscalización, respecto del cual se sostenía que era un modelo inorgánico y disperso.¹ En efecto, tanto la CONAMA como los organismos sectoriales² contaban con facultades legales para realizar fiscalizaciones dentro de la esfera de sus respectivas competencias³. Así, existían diversos organismos que ante un hecho que acarrearía daño ambiental concurrían al lugar para fiscalizar. Junto con ello, el titular de un proyecto debía someterse a varios procedimientos, plazos y formalidades que implicaba un alto costo en términos de tiempo y dinero empleado en una fiscalización.

Uno de los informes – quizás el más conocido – que se tuvo en cuenta para la reforma introducida por la Ley N° 20.417, corresponde al realizado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). En este documento se sostuvo que *“una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento”*.⁴

* Egresada Derecho Universidad de Concepción.

** Egresado Derecho Universidad de Concepción.

1 Ver historia de la Ley No 20.417, p. 8. Disponible en el sitio web de la Biblioteca del Congreso: <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> (29/08/2011).

2 Interesante resulta destacar que el informe elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), denominado “Evaluaciones del desempeño Ambiental, Chile”, del año 2005, indicaba que: “(...) La CONAMA tiene escaso control sobre el nivel de cumplimiento y fiscalización de la normativa ambiental por parte de las entidades sectoriales. Los órganos sectoriales cuentan con el personal y la capacidad técnica general para realizar las inspecciones sobre el terreno, pero sus actividades de supervisión relacionadas con el medio ambiente se pueden ver opacadas por otras labores y prioridades (...)”, p. 145, informe disponible en el sitio web de la CEPAL: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/21252/lc12305e.pdf> (29/08/2011).

3 Así se establecía en el artículo 64 de la Ley N° 19.300 antes de la reforma de 2010.

4 OCDE, Informe “Evaluaciones del desempeño Ambiental, Chile”, op. Cit. p. 128.



Otro de los motivos que se tuvo en cuenta para el cambio del régimen de fiscalización, además de ser inorgánico y la dispersión de las competencias, es que enfatiza la aplicación de sanciones mas no un sistema de incentivos al cumplimiento ambiental. El mensaje con el cual se presentó el proyecto de ley (hoy Ley N° 20.417) señalaba que *“El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación...”*.⁵

En ese sentido se propone al legislativo, como una herramienta que incentiva el cumplimiento ambiental, la *Autodenuncia* que en simples palabras es un mecanismo en virtud del cual el infractor de una norma ambiental puede lograr una reducción o exención de la multa aplicable por esa infracción, si la denuncia al organismo fiscalizador (Superintendencia del Medio Ambiente) aportando información relevante y suficiente del hecho.

De esta manera, se pretende por una parte, ahorrar al Estado recursos –por cierto, siempre escasos– en materia de fiscalización, y por otra parte, estimular al infractor a someterse a las normas ambientales vigentes.

Este mecanismo de incentivo es objeto de estudio en este artículo, analizando el tratamiento que se le dio en la Ley N° 20.417 –notoriamente distinto a cómo se presentó en el proyecto de ley– a la luz de los principios de derecho ambiental y comentarios que reflexionan acerca del verdadero efecto que este mecanismo pretende lograr.

II. AUTODENUNCIA EN LA LEY N° 20.417

Con la reforma a la Institucionalidad ambiental generada por la Ley N° 20.417, se quiere dejar en el pasado el modelo de coordinación de los organismos sectoriales con competencia ambiental y establecer en su lugar un sistema de control vertical que concentra competencias, dirige y toma decisiones. Por esta razón, la ley entregó la definición de políticas y normas ambientales al Ministerio del Medio Ambiente; la gestión ambiental al Servicio de Evaluación Ambiental; y finalmente, la fiscalización y sanción a la Superintendencia de Medio Ambiente. De esta manera la ley estableció tres dimensiones claramente diferenciadas con sus respectivas funciones y organismos a cargo de ejecutarlas.

Como hemos señalado, la Superintendencia de Medio Ambiente es el organismo que tiene como misión la fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental. En este sentido, le corresponde *“ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”*.⁶ El artículo 3 de la ley establece un amplio catálogo de las funciones y atribuciones que tiene este organismo.

La Superintendencia, en cumplimiento de sus labores fiscalizadoras, puede imponer sanciones ante las infracciones de que tenga conocimiento, conforme han sido

⁵ Ver historia de la Ley N° 20.417; p. 13.

⁶ Art.2 de la Ley N° 20.417.

establecidas en el artículo 38 de la ley, esto es, amonestación por escrito, multa de una (1) a diez mil (10.000) unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de la Resolución de Calificación Ambiental. Para la determinación de las sanciones específicas, se considerarán las circunstancias del artículo 40 de la ley, tales son: importancia del daño causado o del peligro ocasionado; número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor; la capacidad económica del infractor; la observancia del programa de cumplimiento del artículo 42; el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; y todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinar la sanción.

Bajo la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente de 1994, antes de la reforma mencionada, la fiscalización se podía realizar por los diversos servicios públicos con atribuciones para ello, lo que implica que se utilizaba un enfoque sectorial.⁷ De esta forma, si el proyecto ingresaba al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el incumplimiento de las normas y condiciones sobre las cuales se aprobaba el Estudio o aceptaba la Declaración de Impacto Ambiental, era sancionado con las sanciones de amonestación, multa de hasta quinientas unidades tributarias mensuales (500 UTM) o la revocación de la aprobación o aceptación respectiva. Estas sanciones eran impuestas por la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, previo requerimiento de los organismos sectoriales con competencia ambiental. En el evento que el proyecto o actividad no ingresara al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, correspondía sancionar al respectivo organismo sectorial.

Pero la ley que crea la Superintendencia, además de establecer otras sanciones no contempladas en la Ley N° 19.300 –*como la clausura temporal o definitiva*– y de aumentar la cuantía de las multas que se pueden llegar a imponer en un procedimiento administrativo sancionador, estableció *ciertos incentivos al cumplimiento ambiental*, pasando de este modo a un sistema de cooperación por parte de los regulados en el ámbito de la fiscalización.

Así, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417, *se establecen diversos incentivos al cumplimiento ambiental, constituyendo de esta manera un sistema de cumplimiento de la normativa ambiental basada en la disuasión a través de la inspección y la sanción, pero introduce, por primera vez, una estrategia basada en los incentivos al cumplimiento.*⁸

El Mensaje del Ejecutivo señalaba: *“Una de las ideas centrales sobre las cuales descansan los sistemas de fiscalización ambiental en los países con buenos desempeños ambientales, es su utilidad para generar incentivos al cumplimiento. Hoy el modelo chileno actúa en sentido inverso. En efecto, es un sistema que carece de la definición de adecuados programas de fiscalización, de metodologías públicamente conocidas, con énfasis en la sanción y en la fiscalización en terreno, sin modelos de integración, ni siquiera para los instrumentos de expresión multisectorial, como es el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, planes y normas. El éxito de un buen*

7 Cordero Vega, Luis. “Evaluando el Sistema de Fiscalización Ambiental Chileno”, en Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008, p. 29.

8 Poklepovic Meersohn, Iván, en Análisis crítico del sistema de incentivos al cumplimiento ambiental, publicado en las Actas de las Quintas Jornadas de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009, p. 176.



sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo. Éste último contempla consideraciones en materia de cumplimiento desde el momento de creación de la regulación, pasando por el diseño de instrumentos de aplicación de las nuevas regulaciones hasta los sistemas sancionatorios. La alta dispersión en materia de criterios de fiscalización se expresa también en grandes diferencias en las sanciones desde los distintos sectores, lo que claramente entrega una falta de certeza y de coherencia frente a la aplicación de la legislación ambiental. En síntesis, nuestro modelo de fiscalización es altamente ineficiente. Es necesario contar con una autoridad que unifique los criterios, procedimientos e incentivos de las normativas ambientales.”⁹

Fue así como uno de los mecanismos de incentivo al cumplimiento ambiental propuestos por el ejecutivo y recogidos posteriormente por la Ley N° 20.417 es la **Autodenuncia**. Esta consiste en que una vez ocurrido un incumplimiento, el responsable comunica su infracción a las oficinas de la Superintendencia, pudiendo obtener una exención o rebaja en el monto de la multa, dándose el resto de los requisitos que el Art. 41 de la ley establece.

La autodenuncia fue entendida como un mecanismo modificador de conductas que importa ahorro de tiempo en los procesos de fiscalización y reducción de los costos que estos conllevan. Así se puede constatar, a través de una de las razones expuestas durante la discusión parlamentaria – sostenida por la Ministra del Medio Ambiente de aquel entonces – donde se plantea que este tipo de incentivos apunta a reducir los costos que implica un proceso de fiscalización.¹⁰ Este mecanismo quiere promover que el administrado, ante la situación de haber cometido una infracción a alguna norma ambiental, se denuncie logrando, por una parte, que se someta –ahora sí– a la regulación ambiental y, por otra parte, ahorrar los costos que implicaría un proceso de fiscalización. De esta manera, se da la posibilidad al infractor para que elija aquella opción que le ofrezca mayores beneficios.

Es fácil suponer que el infractor optará por la vía de la autodenuncia, porque en los términos en que está establecida en nuestra legislación es claramente más beneficiosa, considerando las multas que puede aplicar la Superintendencia que van de una (1) a diez mil (10.000) unidades tributarias anuales, y que dichas resoluciones tienen mérito ejecutivo.

A. Mensaje del Ejecutivo

El mensaje comenzaba señalando –en lo relativo a los incentivos– que una vez ocurrido un incumplimiento y dentro del plazo de cinco días, el responsable se debía *autodenunciar*, pudiendo –en razón de la entidad de la infracción y el daño– reducir el monto de la multa.

De esta manera, la autodenuncia se expresaba como una *facultad* que tenía la Superintendencia para reducir el monto de la multa al infractor que concurra a sus oficinas, y denuncie estar cometiendo por sí, cualquiera de las infracciones señaladas

⁹ Mensaje N° 352-356 de la S.E. la presidenta de la República con el que se inicia el proyecto de Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente de fecha 5 de Junio de 2008.

¹⁰ Véase Historia de la Ley N° 20.417, p. 701.

en la Ley N° 20.417. Esta reducción sólo procedería cuando el infractor suministrara información precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyen la infracción, y siempre y cuando pusiera fin de inmediato, a los mismos, adoptando todas las medidas necesarias para reducir o eliminar los efectos negativos. Si bien parecía una norma muy discrecional al establecerla como facultativa de la Superintendencia, se indicaba que esta rebaja no podría ser superior al 50% de la multa impuesta en el proceso sancionatorio respectivo. Sin embargo, en caso de que la Superintendencia hubiese iniciado la etapa de investigación respecto de los mismos hechos, la denuncia no tendrá ningún efecto respecto del infractor.

B. Discusión Parlamentaria

En la tramitación de este proyecto se hicieron algunas indicaciones, que fueron las que finalmente dieron la forma que adquirió este incentivo de la autodenuncia.

En el primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, se presentó una indicación por parte del Ejecutivo – la que fue aprobada por unanimidad – para reemplazar el artículo 41 del proyecto. Esta indicación es la que fijó la redacción final de la norma en comento.

Durante el segundo trámite constitucional los senadores Girardi, Navarro, Ominami, Vásquez y Cantero presentaron otra indicación para reestablecer la facultad que disponía la Superintendencia en el proyecto original (*podrá rebajar prudencialmente el monto de la multa*). En esta indicación se insistía en que fuera la Superintendencia la que decidiera si procedía o no una rebaja. Además, se agregaba, que en el caso de que un infractor ya hubiese concurrido a autodenunciarse, la utilización posterior de dicho mecanismo no daría lugar a rebaja alguna. Y finalmente, establecía que la rebaja sólo procedería cuando el infractor suministrara información precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyen la infracción, y ponga fin, de inmediato, a los mismos, adoptando todas las medidas necesarias para reducir o eliminar los efectos negativos y resarza debidamente los perjuicios causados con la infracción, si es que procede.¹¹

C. La autodenuncia establecida como incentivo al cumplimiento ambiental en la Ley N° 20.417

Este incentivo establece que la Superintendencia tiene la obligación de eximir del monto de la multa al infractor que por primera vez concurra a sus oficinas y denuncie estar cometiendo, por sí, cualquier infracción de aquellas establecidas en la ley, siempre y cuando ejecute íntegramente el programa de cumplimiento previsto en el artículo 42. Tratándose de un infractor que ya hubiese concurrido a autodenunciarse, la utilización de este mecanismo por segunda o tercera vez, rebajará la multa impuesta por la Superintendencia en el proceso sancionatorio respectivo hasta en un 75% y 50%, respectivamente, ejecutando al igual que en el caso anterior, el programa de cumplimiento del artículo 42.

Para que proceda esta exención o rebaja, el infractor deberá suministrar información, precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyen la infracción y deberá poner fin, de inmediato a los mismos y finalmente tendrá que adoptar

¹¹ Idem.



todas las medidas necesarias para reducir o eliminar los efectos negativos.

Sin embargo, si la Superintendencia hubiese iniciado la etapa de investigación respecto de los mismos hechos, la denuncia que el mismo infractor realice no producirá ningún efecto respecto de él.

Este incentivo del artículo 41 de la ley todavía no ha entrado en vigencia, lo hará el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental de acuerdo a lo señalado en el artículo noveno transitorio de la Ley N° 20.417.¹²

D. Requisitos de procedencia para la Autodenuncia

Para dar lugar a este incentivo la ley en comento ha establecido ciertos requisitos copulativos:

1) Que el infractor concurra a las oficinas de la Superintendencia y se denuncie

Sobre el particular, cabe señalar, que la Superintendencia no está obligada a establecer oficinas en todas las regiones del país. Al respecto, el artículo 1° y 4° letra c) señalan que el Superintendente tiene la facultad para establecer oficinas regionales en distintas ciudades del país, siempre que las necesidades del servicio así lo exijan y exista disponibilidad presupuestaria. Por lo tanto, no todos los titulares de proyectos o actividades tendrán el mismo acceso a este incentivo, esto considerando no a los grandes grupos empresariales, sino a las pequeñas y medianas empresas en quienes fue inspirada esta norma, de acuerdo a lo señalado por la Ministra de aquel entonces, Sra. Ana Lya Uriarte, quien señaló que *"cuando se estableció la posibilidad de la autodenuncia estábamos diciéndole a la ciudadanía que queremos utilizar al máximo nuestras capacidades, y por ejemplo, permitirles al pequeño y mediano empresario, en quienes muchas veces encontramos inobservancias, enriarse en el cumplimiento normativo, por supuesto siempre y cuando denuncien voluntariamente con antelación..."*¹³

Creemos que se produce una situación de difícil acceso a este incentivo, puesto que la ley señala que el infractor debe concurrir, *por sí*, a las oficinas de la Superintendencia. Por tanto, entendemos que no lo puede hacer por medios escritos o electrónicos, sino personalmente. En este sentido, podría configurarse desigualdades ante la ley, quienes para el caso de no tener oficina en sus ciudades deberán trasladarse a aquella en donde cuenten con una, lo que les significará costos económicos y pérdida de tiempo. Un incentivo adecuado hubiese sido aquel que estableciera un mecanismo especial para los casos en que no se cuente con una oficina regional.

2) Que se trate de la primera, segunda o tercera vez que se denuncie respecto de una infracción que haya cometido

En la práctica, el infractor puede autodenunciarse hasta por tres veces, para dar lugar a los beneficios de exención y rebaja de multa que contempla el artículo 41

¹² Artículo noveno transitorio de la Ley N° 20.417 señala: "Las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3°, y III del Artículo Segundo de la presente ley, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental."

¹³ Véase Historia de la Ley N° 20.417, p. 900.

de la Ley N° 20417. Si se trata de la primera infracción dará lugar a la exención en la multa; para la segunda y tercera vez, será objeto de una rebaja en el monto de la multa que va de un 75% y 50 % respectivamente.

3) Que el infractor esté cometiendo cualquiera de las infracciones establecidas en la Ley N° 20.417, ya sea gravísima, grave o leve

Estas infracciones se encuentran detalladas en el artículo 36 de la Ley. Dentro de las infracciones gravísimas se encuentran los hechos, actos u omisiones que alternativamente: hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación, hayan afectado gravemente la salud de la población, impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de un Plan de Prevención o Descontaminación, entre otras.

Por su parte, dentro de las infracciones graves, se encuentran los hechos, actos u omisiones que alternativamente: hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación, hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población, afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y/o de Descontaminación, se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización, entre otras.

Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

4) Que el infractor suministre información y ponga fin a los hechos que constituyen la infracción, adoptando medidas para reducir o eliminar efectos negativos

La información proporcionada debe ser precisa, verídica y comprobable respecto de los hechos que constituyen infracción. El cese de la infracción debe ser de inmediato, adoptando todas las medidas para reducir o eliminar los efectos negativos. Sólo de esta manera, podrá acceder a los referidos beneficios de exención o rebaja de las multas.

5) Que ejecute íntegramente el programa de cumplimiento establecido en el artículo 42 de la Ley N° 20.417

Este programa de cumplimiento consiste en un *“plan de acciones y metas presentado por infractor, para que dentro del plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”*.¹⁴ El reglamento establecerá los criterios a los cuales deberá atenerse la Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento.

El programa de cumplimiento está establecido para dos situaciones; en primer lugar, para el caso que se haya iniciado un procedimiento administrativo sancionador, en el cual el infractor puede presentar voluntariamente un programa dentro del plazo de 10 días desde que comienza este procedimiento; y en segundo lugar, se establece para el caso de la autodenuncia, en el cual para que se dé lugar a la exención o rebaja debe necesariamente – además de cumplir con los otros requisitos ya mencionados–

¹⁴ Así está definido en el Art. 42 de la Ley N° 20.417.



ejecutarse de manera íntegra este programa de cumplimiento aprobado por la Superintendencia.

En la primera situación, si el infractor incumple las obligaciones contraídas en el programa, el procedimiento administrativo se reiniciará, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38 (multa de una a diez unidades tributaria anuales). Una vez cumplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido. En cambio para el segundo caso – autodenuncia – esta sanción (la de aumentar el doble de la multa) no tendrá lugar, ya que sólo una vez cumplido íntegramente el programa, se puede ser titular de este incentivo, esto es, la exención o rebaja de la multa. Si se incumple el programa, simplemente no habrá lugar a la exención o rebaja, y se iniciará el procedimiento administrativo sancionador.

Otro aspecto a considerar es que no se establece cual es el momento para presentar este programa de cumplimiento. Así, podríamos entender que este se puede presentar al momento de autodenunciarse, lo que daría un tiempo muy limitado al infractor. No creemos que sea esta la situación. Podría entenderse que sería el plazo que se estableciera discrecionalmente en la oficina de la Superintendencia, dependiendo de cada caso particular, pudiendo considerar los criterios que se establezcan en el reglamento, esto significaría que una vez recibida una autodenuncia, se le otorgaría un determinado término al responsable de la infracción para presentar el respectivo programa.

Sin embargo, para elaborar un programa estimamos que se debe otorgar un plazo, como el que se concedió para presentar este en el procedimiento administrativo sancionador de manera voluntaria. En este sentido, proponiendo una alternativa, creemos que es más adecuado entender que es el mismo plazo de 10 días establecido en el artículo 42, que para estos efectos se computaría al momento de efectuarse la autodenuncia.

6) Que no se haya iniciado una investigación respecto de los hechos que constituyen la infracción

Respecto de este punto nos surge una duda: *¿desde cuando se inicia la investigación?* Es importante determinar esta etapa, pues sólo hasta este momento el infractor se puede autodenunciar, una vez iniciada ésta, el incentivo pierde su efecto y ya no es posible recurrir a él.

Para solucionar esta dificultad, es necesario realizar algunos comentarios. El procedimiento administrativo sancionador se puede iniciar de oficio – cuando la Superintendencia tome conocimiento, por cualquier medio, de hechos que pudieren ser constitutivos de infracción – a petición del órgano sectorial, o por denuncia. Entendemos que es en estos momentos donde se iniciaría la etapa de investigación, puesto que conocido el hecho o recibida la denuncia, o la petición del organismo sectorial, la autoridad competente ordenará e iniciará la correspondiente investigación para verificar los hechos o las omisiones constitutivas de infracción a las normas ambientales. En orden a la verificación de los hechos u omisiones, podrán realizarse todas las diligencias que se consideren necesarias, tales como visitas, toma de muestras, exámenes de laboratorio, mediciones, pruebas químicas o de otra índole. Se abre la puerta para utilizar diversas técnicas, instrumentos y medidas

de verificación.¹⁵ La etapa de la investigación se extenderá hasta la instrucción del procedimiento administrativo, que de acuerdo al art. 49 de la Ley N° 20.417, se realizará por un funcionario de la Superintendencia que recibirá el nombre de instructor y se iniciará con una formulación precisa de los cargos, que se notificarán al presunto infractor.¹⁶

E. ¿Qué pasa con las medidas provisionales decretadas antes del inicio del procedimiento? ¿Significa esto que se ha iniciado una investigación respecto de esos hechos?

La ley permite que durante el procedimiento administrativo sancionador se puedan decretar ciertas medidas provisionales que tienen como objeto evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. De acuerdo a la norma, estas medidas taxativas son las siguientes: medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño; sellado de aparatos o equipos; clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones; detención del funcionamiento de las instalaciones; suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental; ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor.

Pero el inciso 2° del artículo 48 de la Ley N° 20.417 permite que estas medidas puedan ser ordenadas con fines exclusivamente *cautelares*, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40.

La ley establece que el procedimiento administrativo sancionador se iniciará de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia. Si hacemos una interpretación literal de la norma, claramente no está incluida la adopción de medidas provisionales (cautelares) como iniciadora del procedimiento administrativo; así la Ley N° 20.417 dice expresamente que las medidas señaladas en el artículo 48 *“podrán ser ordenadas, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador”*.

¿Esto significa que ante la situación de haberse decretado una medida cautelar respecto de los hechos que constituyen la infracción, el responsable se puede autodenunciar respecto de los mismos? Con una primera mirada a la norma podríamos decir que sí se puede autodenunciar, porque la ley no señala como iniciadora del procedimiento administrativa sancionador a las medidas provisionales cautelares.

Sin embargo, haciendo una revisión más exhaustiva podríamos señalar que la ley dice que: *“el procedimiento administrativo sancionador (...) se iniciará de oficio cuando la*

¹⁵ Velásquez Muñoz, Carlos Javier. “Ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en España y Colombia para la protección del medio ambiente y los recursos naturales”, en Revista de Derecho, Universidad del Norte. N° 22. 2004, p. 49.

¹⁶ El Artículo señala: “La instrucción del procedimiento sancionatorio se realizará por un funcionario de la Superintendencia que recibirá el nombre de instructor y se iniciará con una formulación precisa de los cargos, que se notificarán al presunto infractor por carta certificada en el domicilio que tenga registrado ante la Superintendencia o en el que se señale en la denuncia, según el caso, confiriéndole un plazo de 15 días para formular los descargos. La formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada”.



Superintendencia tome conocimiento, por cualquier medio, de hechos que pudieren ser constitutivos de alguna infracción de su competencia". Para que se decrete una medida provisional, entendemos, que la Superintendencia debería haber tomado ya conocimiento de algún hecho que constituya infracción, y que es producto de esta misma circunstancia que se decreta aquella medida.

Pero también podría suceder que habiendo la Superintendencia tomado conocimiento de un hecho que pueda configurar infracción, a través de la medida provisional de carácter cautelar, esta mantenga una actitud pasiva, es decir, no realice ninguna actividad tendiente a poner en marcha la investigación de los hechos. Puede ocurrir que el infractor, ante esta situación de incertidumbre, decida autodenunciarse (y así obtener una exención o rebaja en el valor de la multa). Entonces podríamos concluir, en este supuesto, que dependerá de la actitud que tenga la Superintendencia de iniciar la investigación. Si esta no se inicia, claramente el infractor podrá hacer uso del incentivo. En cambio, si una vez decretada la medida provisional cautelar, la Superintendencia pone en pie la investigación, el sujeto infractor no podrá autodenunciarse.

Por otra parte, la ley señala que el infractor no podrá autodenunciarse una vez iniciada la investigación, y no una vez iniciado el procedimiento administrativo, pudiendo entender que no siempre coincidirán en un mismo momento. Al respecto, hay que indicar que todo procedimiento administrativo consta de tres etapas: iniciación, instrucción y finalización, y para el caso de la Ley N° 20.417 que tiene un procedimiento especial, el inicio del procedimiento comienza de oficio, a petición de órgano sectorial o por denuncia.

Se iniciará de oficio cuando la Superintendencia tome conocimiento, por cualquier medio, de hechos que pudieren ser constitutivos de alguna infracción de su competencia. En esta parte la ley lo establece de manera amplia, pudiendo ser constitutiva de esta forma de dar inicio al procedimiento, cualquier inspección por parte de la Superintendencia. Esto tiene importancia –no sólo en el supuesto de las medidas provisionales- sino que también en aquellos casos en que realizada una inspección –dentro de una fiscalización de rutina- se llegue a constatar una infracción, y transcurridos una cierta cantidad de días desde esa inspección, no se inicie el respectivo procedimiento administrativo sancionador. En este caso, cabe la posibilidad de que el infractor se autodenuncie, por consiguiente, habrá que determinar si se había iniciado la etapa de investigación o no, con esa inspección.

Así las cosas, tenemos dos supuestos en que no es posible determinar de inmediato si ya se ha iniciado el procedimiento administrativo sancionador, y por ende, la investigación: *primero*, cuando se decrete una medida provisional cautelar, sin que le sigan actuaciones destinadas a iniciar el procedimiento administrativo y, *segundo*, cuando en virtud de una inspección de rutina, la Superintendencia tome conocimiento de un hecho que pueda constituir infracción.

Al respecto, cabe señalar que de acuerdo a la Ley N° 19.880 que rigen el Procedimiento de los Actos de la Administración del Estado – y que se aplica con carácter supletorio a la Ley de la Superintendencia – indica en su artículo 18 que *"todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso.."* Es decir, al iniciarse el procedimiento

administrativo debería dejarse registro de la fecha y hora en que se dio comienzo a este. Por tanto, si decretada una medida provisional cautelar o realizada la inspección de rutina, el funcionario de la Superintendencia no deja constancia de que ha tomado conocimiento de un antecedente que pueda dar lugar a una infracción, entendemos que no se ha iniciado la investigación, por consiguiente, no ha comenzado el procedimiento administrativo, y por tanto, el infractor aún tendría la oportunidad para autodenunciarse.

F. Efectos de la Autodenuncia

Una vez cumplidos los requisitos para dar lugar a la autodenuncia, se generan los siguientes efectos:¹⁷

1) Se deberá eximir o rebajar el monto de la multa. Si bien, con la autodenuncia del infractor, la Superintendencia está obligada a decretar la exención o rebaja de la multa correspondiente, ello no significa que no pueda imponer alguna otra de las sanciones que la ley contempla, como por ejemplo, la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

2) No se anotará el infractor en el registro público de sanciones, si se trata solamente de sanción constitutiva de multa. En cambio si se aplica otra sanción además de multa, podrá anotarse por aquella otra.

3) El infractor no está obligado a reparar el medio ambiente dañado o uno o más de sus componentes, a menos que se haya iniciado una acción por daño ambiental ante el Tribunal Ambiental.

4) La autodenuncia podrá servir como medio de prueba en caso de haberse deducido una acción por daño ambiental y acción indemnizatoria ordinaria para el directamente afectado, ya que podría ser utilizada como una confesión extrajudicial.

III. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA AUTODENUNCIA

Este mecanismo de la autodenuncia, presenta ciertas debilidades, que ponen en discusión su verdadera eficiencia en cuanto al cumplimiento ambiental, porque en sí, lo que conlleva este incentivo es a reducir el sistema de fiscalización denunciando su propia infracción, y en este sentido creemos que cumplirá con el objetivo. Pero solamente una vez cometida esta infracción, denunciándola, y acogéndose a un programa de cumplimiento, poniendo fin a los hechos, y adoptando todas las medidas conducentes a reducir o eliminar los efectos negativos, se espera que el infractor pueda encaminarse al efectivo cumplimiento ambiental.

Una primera crítica a este mecanismo es el relativo a las infracciones sobre las que puede recaer la autodenuncia, esto es, aquellas mencionadas en el artículo 36 de la Ley N° 20.417 – infracciones leves, graves o gravísimas – abarcando una gran cantidad de infracciones susceptibles de ser amparadas por este beneficio. Pero resulta cuestionable que aquellos hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que hayan causado daño ambiental, no susceptible de

¹⁷ Ley N° 20.417, art. 41 y 42.



reparación o hayan afectado gravemente la salud de la población, puedan también ser objeto de autodenuncia, quedando sin la respectiva sanción administrativa.

Por otra parte, tampoco se establecen criterios para aplicar el incentivo, sólo señala que se *deberá* eximir o rebajar el monto de la multa en su caso. En Derecho Comparado, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de Estados Unidos, determina las multas a aplicar a un incumplimiento de la normativa ambiental, el *beneficio económico que se obtuvo producto de la infracción* y la gravedad de la misma. Así, cuando una entidad se autodenuncia, EPA no aplica el componente gravedad, pero si se reserva el derecho a cobrar cualquier beneficio económico que haya resultado del incumplimiento, entendida esta última como la ganancia obtenida por la ventaja competitiva ilegal del infractor.¹⁸

El incumplimiento de la normativa ambiental, genera competencia desleal, puesto que para aquel que respeta la norma, implica un costo adicional introducir nuevas tecnologías para rebajar sus emisiones, o bien, cumple con las exigencias ambientales vigentes en el ordenamiento jurídico. El titular de este proyecto, verá entonces reducidas sus ganancias si cumple con la normativa ambiental. En cambio, para aquel titular que no cumple con la legislación, por una parte, se evita el costo de no adquirir la tecnología que reduciría sus emisiones y, por lo tanto, incrementa su ganancia y, por otra parte, la norma le beneficia al eximirle o rebajarle, en su caso, el monto de la multa. Creemos que el incentivo no tuvo en cuenta esta situación, estableciendo un incentivo demasiado beneficioso para aquel que incumplió la normativa ambiental.

A. La Autodenuncia y los Principios del Derecho Ambiental

La autodenuncia también debe ser revisada bajo la mirada de algunos principios del derecho ambiental por la importancia que aquellos tienen sobre éste. El Derecho no es sólo un conjunto de normas, sino también de principios.

En relación con el *principio preventivo*: si éste busca impedir conductas que conlleven una trasgresión al medio ambiente, la autodenuncia, por su parte, no busca evitar la ocurrencia de daños ambientales. En otras palabras, este mecanismo de incentivo al cumplimiento ambiental actúa una vez producida la infracción. Es aquí donde entendemos que no se ajusta a la finalidad que tiene el principio en comento, ya que la autodenuncia no presenta mecanismos de prevención del daño; peor aún, elimina el efecto disuasivo que provoca la amenaza de una sanción en el caso de incumplimiento a la normativa ambiental. Lo dicho se agudiza considerando que la autodenuncia prescinde del carácter lesivo de la infracción, ya que procede respecto de todas las sanciones sean estas leves, graves, e inclusive gravísimas.

Referente al *principio quien contamina paga*, si el titular de un determinado proyecto infringe una medida dispuesta en su Resolución de Calificación Ambiental, configurando una infracción gravísima (por ejemplo, un daño ambiental que no es susceptible de reparación), el infractor que se acoja a la autodenuncia no estará obligado a reparar, compensar o mitigar los efectos que su actuar pudo ocasionar en el medio natural. Es decir, el infractor no *internaliza* los costos que implica reparar el medio ambiente. El titular que infringe la normativa ambiental y procede

¹⁸ Poklepovic Meersohn, op. cit., p. 184

a *autodenunciarse* se someterá a un programa de cumplimiento que deberá ejecutar en su integridad para que se produzca la exención o rebaja de la multa, según corresponda.

En este sentido, podría considerarse que por este programa de cumplimiento el infractor *“repararía o compensaría”* el daño ocasionado. Sin embargo, la ley es clara en definir qué se debe entender por programa de cumplimiento. Pues bien, el artículo 42 de la Ley N° 20.417 lo define como el plan de acciones y metas que presenta el mismo infractor, para que dentro del plazo que le fije la Superintendencia, cumpla con la normativa ambiental que se indique. Es decir, pese a afectar gravemente o gravísimamente el medio ambiente, el infractor se somete a un plan que le otorga un plazo para cumplir la normativa ambiental, a la cual ya no se había ajustado. El programa de cumplimiento no le impone al infractor la carga de reparar o compensar el daño causado; sólo le impone la carga de *“cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”*.

Para el supuesto que se propuso anteriormente, la única forma que quedaría disponible para obtener una reparación del medio ambiente por la contaminación provocada es que se interponga una acción por daño ambiental ante los tribunales competentes. Sólo de esta manera vislumbramos que se daría cumplimiento a lo que busca el principio que estamos comentando.

Por otra parte, en el caso de que se proceda judicialmente con una acción de este tipo – o también para el caso de un juicio de indemnización de perjuicios – creemos que la autodenuncia podría facilitar *ganar* el juicio, puesto que haría las veces de una confesión. Puede entenderse éste como un efecto positivo de la autodenuncia, para efectos de obtener una reparación o compensación ambiental. Sin embargo, tal como lo hemos indicado anteriormente, la autodenuncia provoca la exención sólo de la multa, mas no de la aplicación de otra sanción de las establecidas en el artículo 38 de la ley Orgánica de la Superintendencia. Podría, por tanto, este organismo fiscalizador decretar la exención de la multa, pero en virtud del mérito de los hechos que constituyen la infracción, imponer una clausura temporal, por ejemplo.

Empero, como queda abierta la posibilidad de recurrir a una acción por daño ambiental, podría darse el caso que junto con la clausura temporal, se presente una demanda por daño ambiental y el tribunal competente decrete que el titular deba pagar una reparación. En este caso, vemos una infracción al principio *non bis in idem*, ya que por el mismo hecho (un daño ambiental) el titular podría sufrir, por una parte, un castigo administrativo – clausura temporal en el caso propuesto – y por otra parte, una sanción pecuniaria emanada de un órgano jurisdiccional.

B. El incentivo de la Educación Ambiental

De los insumos que tenemos para interpretar la Ley N° 20.417, tales como el mensaje, la discusión en el Parlamento y el texto positivo de la misma, podemos preguntarnos cuál es el bien jurídico que se intenta proteger por medio de este incentivo que concede la autodenuncia. En ese sentido, como ya hemos señalado, uno de los aspectos a considerar para establecer en Chile la autodenuncia fue fomentar que los infractores de la normativa ambiental acudieran a la Superintendencia a *“acusar”* su incumplimiento, lo que implicaría una reducción de los costos que el Estado incurriría para realizar su función de fiscalización correspondiente. Así las cosas, pareciera que



el bien jurídico a proteger es la capacidad económica de la administración del Estado en materia de fiscalizaciones, mas no la protección del medio ambiente como tal.

En ese contexto, la autodenuncia se ajusta a esta supuesta finalidad que se buscaba con la reforma a la institucionalidad ambiental, esto es: mejorar los estándares de fiscalización y aumentar el promedio de sujetos fiscalizados disminuyendo, en consecuencia, los gastos en fiscalización, o también como una condición que era necesaria para ingresar al *Club de Buenas Prácticas* como coloquialmente se le denomina a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Así las cosas, cabe preguntarse si ¿es deber de la Superintendencia proteger el medio ambiente o más bien velar por estas cuestiones que hemos indicado anteriormente? Del tenor literal de la normativa, no podríamos llegar a una respuesta afirmativa en orden a sostener que su función es proteger el medio ambiente.

Sin embargo, el artículo segundo de la Ley Orgánica de la Superintendencia, señala los instrumentos de gestión ambiental¹⁹ que deberán ser fiscalizados por este organismo. Sabemos que estos instrumentos son un reflejo de lo que, en derecho ambiental, conocemos como el Principio Preventivo. Es decir, son instrumentos que intentan prevenir las externalidades negativas que determinadas actividades provoquen en el medio ambiente.

Puede parecer ocioso lo que hemos señalado en estos últimos párrafos. Sin embargo, no es así, puesto que creemos que la autodenuncia no es un incentivo que tenga como finalidad proteger el medio ambiente. En realidad este mecanismo – como hoy está regulado – intenta más bien, salvaguardar las dificultades de índole económica con las que se enfrentará la Superintendencia en su labor fiscalizadora.²⁰

Es por esto que resaltamos la idea de que la Superintendencia tiene como función velar por la protección del Medio Ambiente. No aparece en la ley como un objetivo claramente establecido de la labor de este organismo, y por ello es necesario realizar un razonamiento adicional para hacer más palpable ese objetivo.

Con lo dicho, entonces, planteemos otra pregunta: ¿Es la autodenuncia un mecanismo que resguarde eficientemente el bien jurídico medio ambiente? O más amplio aún ¿son aptos los incentivos al cumplimiento de la normativa ambiental que implementó la ley?

Para responder a estas cuestiones, cabe señalar lo que Miller²¹ entiende como algunos requerimientos necesarios para el cumplimiento efectivo del derecho ambiental. Entre ellos destacan: *"1º La percepción pública de que un medio ambiente sano es necesario para el bienestar público y que cualquier acción que dañe el medio*

19 Artículo 2 inciso segundo de la Ley Orgánica de la Superintendencia N° 20.417: "La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto, ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las resoluciones de calificación ambiental, de las medidas de los planes de prevención o de descontaminación ambiental, del contenido de las normas de calidad ambiental y normas de emisión, y de los planes de manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley".

20 Así se logra ver durante la discusión del proyecto de ley, cuando la Ministra de Medio Ambiente de ese momento, indicó que la autodenuncia apuntaba a reducir los costos que implica un proceso de fiscalización. Ver Historia de la Ley 20.417, pp. 700 y 701.

21 Miller, Jeffrey G. en Aplicación y cumplimiento efectivo del derecho ambiental. Experiencia en los Estados Unidos, Conferencia Internacional Sobre Aplicación y Cumplimiento de La Normativa Ambiental en América Latina- Farn; disponible en www.farn.org.ar/docs/p32/11_miller.pdf (04/08/2011).

ambiente es una acción antisocial, y 2º Un cambio en la actitud y el comportamiento por parte de la sociedad que comprenda la importancia de la protección ambiental en sus actos”.

Creemos que la Ley N° 20.417 no consideró estos aspectos al establecer los mecanismos de incentivo al cumplimiento ambiental, como lo es la Autodenuncia. La incorporación de esta herramienta no se ajusta a la realidad de nuestra sociedad. Si bien, existe un considerable aumento en Chile de *“la conciencia ambiental”*, no es menos cierto que instrumentos provenientes de otros países que gozan de un desarrollo mayor en lo relativo a educación, legislación, gestión y fiscalización ambiental, la autodenuncia puede significar en hacer la norma, por una parte, *eficaz* –por emplearse corrientemente por los regulados considerando el beneficio económico que reporta para ellos– pero por otra, hacerla *ineficiente* al no cumplir con el objetivo de proteger el medio ambiente. No parece existir un trabajo en ajustar o de *conectar* las soluciones ambientales importadas con la realidad o contexto de nuestro país.

Al respecto, Olivares²² plantea: *“(…) esta falta de conexión entre percepción social del problema ambiental y la elaboración política de un sistema de protección ambiental fundado en instituciones e instrumentos provenientes de la práctica ambiental externa, trae como resultado una falta de legitimación de la legislación ambiental en Chile (y en Latinoamérica) por parte de la comunidad, situación que ha impedido construir una conciencia colectiva de protección de la naturaleza (...)”.*

Para lograr esa *conexión*, aspectos relacionados con la educación ambiental cobran especial relevancia. La Autodenuncia no ataca el problema de fondo: evitar trasgresiones al medio ambiente. Este tipo de instrumentos o de incentivos son eficaces y eficientes cuando ocurre un *“cambio en la actitud y el comportamiento por parte de la sociedad que comprende la importancia de la protección ambiental en sus actos”* y para alcanzar esos estándares es necesario fortalecer la educación ambiental.

Si por una parte se criticaba el anterior sistema de fiscalización, puesto que se basaba exclusivamente en la aplicación de una sanción, por otra parte, se puede criticar el régimen incorporado por la Ley N° 20.417, ya que no entrega mayores incentivos en materia de educación ambiental. Sin ese paso previo, la amenaza de una sanción a quien pretenda agredir un determinado bien jurídico – tal como ocurren en el derecho penal – será un mejor mecanismo de incentivo al cumplimiento de la normativa, que eximir de la sanción al transgresor.

Sin perjuicio de que hay quienes propugnan en sus políticas y teorías, por la desaparición de las medidas coercitivas pretendiendo la sola existencia de las medidas e instrumentos de carácter voluntario, pues eufemísticamente reconocen en ellos la ritualidad preventiva de la que adolece, con certeza la sanción; desechándola²³, creemos que la sanción es un factor de motivación interna del sujeto que lo lleva a ajustarse a la normativa que lo regula en un determinado caso. Pero existen además otros valores en las personas que los llevan a someterse al *control social*.

22 Olivares Gallardo, Alberto. “El Nuevo Marco Institucional Ambiental en Chile”, en Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol I, Número I. 2010. pp. 1-23.

23 Environmental Protection Agency - EPA. New Air Clean Act, Department of State. U.S., 2002, citado por Velásquez op. cit.



Las personas que no roban, no matan, o no estafan no lo hacen porque conozcan “de memoria” el Código Penal que rige y castiga estas conductas. Estas personas no delinquen, porque existen otras motivaciones internas en ellas -además de saber que existe una sanción penal- que las incentivan a no cometer delitos. *“Verdaderamente, las normas penales por sí solas son insuficientes y paradójicamente débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. De nada serviría ni la conminación penal contenida en las mismas, ni la imposición de la pena, ni su ejecución, sino existiera previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad”*.²⁴

Ahora bien, en el plano ambiental, si no existe un desarrollo o fortalecimiento en aspectos de educación ambiental, tampoco existirán aquellas motivaciones, o sistema de valores que conlleven a una *comprensión y toma de conciencia de los problemas ambientales que tiendan a prevenirlos y resolverlos*.²⁵ Esto conjugado con la eventualidad de que ocurra una liberación del otro factor de motivación, que era la conminación de una sanción y la imposición de la misma –una multa, en el caso de la autodenuncia– aumenta las posibilidades de que ocurran situaciones que atenten contra el medio ambiente y la integridad de sus componentes.

²⁴ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jeréz, España, 1985, pp. 37-38.

²⁵ Idea que se desprende del artículo 6° de la Ley N° 19.300.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS DECLARACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL⁺

Ezio Costa Cordella*
Paula Fuentes Merino**

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años la institucionalidad ambiental chilena ha sufrido una serie de modificaciones y transformaciones.

En efecto, el 26 de enero de 2010 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley N° 20.417 que modifica la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente, creando el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.¹

Esta ley reformó importantes aspectos en materia de regulación y elaboración de políticas, gestión, fiscalización y sanción ambientales.

Respecto del primer aspecto es pertinente destacar la creación del Ministerio del Medio Ambiente y del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que promete ser un organismo transversal de deliberación en materia de política y regulación ambiental.

En cuanto a la gestión ambiental la nueva ley crea el Servicio de Evaluación Ambiental, (en adelante indistintamente SEA) organismo especializado en la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante indistintamente SEIA), implementando un sistema de información ambiental público. Finalmente la creación de la Superintendencia del Medio Ambiente avanza sustantivamente en materia de fiscalización y sanción.

En materia de participación ciudadana se incorporan las siguientes modificaciones:
i.- Se amplía en la calificación de los proyectos a cualquier persona natural o jurídica – antes existía sólo respecto de personas directamente afectadas y organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica; ii.- Se contempla la participación ciudadana en

+ Nota de los autores: El presente artículo fue redactado en julio de 2011, en circunstancias que el nuevo Reglamento de la Ley N° 19.300 se encuentra en Consulta Pública y respecto del cual los autores hicieron observaciones en cuanto a la legalidad de sus disposiciones relativas a la participación ciudadana.

* Abogado de la Universidad de Chile, Diplomado en Política y Derecho de la Libre Competencia y Derecho Público Económico por la Universidad de Chile, Investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Coordinador del Centro de Estudios de FIMA.

** Abogada de la Universidad Diego Portales, Diplomada de Honores en Pensamiento Político Contemporáneo de la Universidad Diego Portales y abogada de la Corporación Participa.

1 Asimismo actualmente en el Congreso Nacional se discuten dos proyectos de ley relativos a la creación de los Tribunales Ambientales (Boletín N° 6747-12/2009) y Proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (Boletín 7487-12/2011).



etapas posteriores, siempre y cuando el proyecto haya sido objeto de modificaciones sustanciales; iii.- Se modifica la causal del recurso de reclamación, siendo ahora procedente cuando las observaciones ciudadanas no hayan sido debidamente consideradas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, en circunstancias que antes la causal se refería a observaciones indebidamente ponderadas; iv.- Se establece la participación ciudadana dentro de la Evaluación Ambiental Estratégica.; v.- Se establece un período de participación ciudadana para empresas de menor tamaño que ingresan por Declaraciones de Impacto Ambiental localizadas en una área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y que no generan cargas ambientales; y, vi.- Se incorpora la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, para el caso de proyectos que impliquen cargas ambientales.

Como se observa, las modificaciones en materia de Participación Ciudadana si bien no son muchas, si son a lo menos innovadoras en el tratamiento de ciertas materias ambientales.

En el presente artículo nos enfocaremos a analizar específicamente una de estas modificaciones, aquella referida a la incorporación de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (en adelante indistintamente DIA).

Consideramos que el tratamiento legal de esta materia actualmente podría generar ciertos problemas de implementación y operatividad originados en la supuesta discrecionalidad que tocaría al Servicio de Evaluación Ambiental, en lo que se refiere determinar cuándo se puede dar lugar a una etapa de Participación Ciudadana.

Veremos como a la luz de las definiciones legales y los principios de nuestro ordenamiento jurídico, esa supuesta discrecionalidad no es tal, y de qué manera la ley hace patente la posibilidad de participar en los procesos de evaluación ambiental de los proyectos que ingresen mediante DIA, un anhelo ciudadano, considerando que de acuerdo a las estadísticas del SEA, más de un noventa por ciento de los proyectos ingresan al sistema por dicha vía.

Para esos objetivos comenzaremos analizando el concepto de participación ciudadana y su importancia para el desarrollo de un buen sistema de gobernabilidad ambiental.

Posteriormente, comentaremos el marco normativo a nivel nacional e internacional que protege y resguarda dicho derecho, para luego, realizar un análisis de la historia legislativa de las Leyes N° 19.300 y N° 20.417, en lo específicamente referido a los mecanismos de participación ciudadana en las declaraciones de impacto ambiental y los fundamentos que impulsaron su extensión a dicho instrumento.

En seguida, abordaremos los requisitos que la Ley N° 19.300 – reformada por la Ley N° 20.417- establece para la Participación Ciudadana en las DIA. Cada uno de dichos requisitos se analiza en su mérito, en la que creemos deberá ser su realidad práctica, y en su interacción con el resto de la normativa tocante a la Participación Ciudadana.

II. CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GOBERNABILIDAD AMBIENTAL

En esta sección fundamentaremos la importancia de los derechos de acceso a la información y participación ciudadana en la construcción de un adecuado sistema de gobernabilidad ambiental, estableciendo un marco conceptual que nos permitirá reconocer los principios que rigen y delimitan las características de este sistema.

Todas las modificaciones y reformas que hemos esbozado en términos generales en la introducción apuntan en un mismo sentido, cual es mejorar, ampliar y fortalecer la Institucionalidad Ambiental vigente de modo de modernizar las instituciones y gestión ambiental, instalado un nuevo modelo de gestión pública: moderno, ágil, eficiente y sujeto a rendición de cuentas que permita, en definitiva, alcanzar los estándares ambientales de los países pertenecientes a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE.

Pero para alcanzar dicho cometido y tal como queda expresado en el Mensaje Presidencial de la Ley N° 20.417, mejorar los objetivos del desarrollo sustentable depende de extender buenas prácticas de gobernabilidad ambiental, particularmente en la implementación de estrategias efectivas de desarrollo sustentable inclusivo para todas las personas.²

En seguida, la Institucionalidad Ambiental debe crear necesariamente las condiciones para mejorar la gobernabilidad ambiental, la que a su vez es componente fundamental en cualquier sistema democrático.

La gobernabilidad ambiental se refiere al manejo sostenible y preventivo del medioambiente, permitiendo que la ciudadanía acceda a la información pública ambiental, que participe en la toma de decisiones, que existan normas legales claras, y que las autoridades actúen de manera transparente y responsable.

Así, tanto el Derecho de Acceso a la Información Pública como el de Participación Ciudadana son derechos esenciales para la construcción de un adecuado sistema de gobernabilidad ambiental, ya que en materia ambiental importa el cómo se toman las decisiones y quiénes participan en ella.

La crisis de representatividad que evidencia actualmente la gobernabilidad democrática también se verifica en la forma de conducir los asuntos ambientales, que al tener un latente factor de conflictividad, exigen de mayores niveles de representación y legitimidad.

En efecto, como ha quedado en evidencia con los últimos acontecimientos sociales, hace bastante tiempo ya que la participación no puede ser entendida como el sólo ejercicio del derecho a voto sino más bien demanda una mayor vinculación e incidencia frente a los asuntos de interés público.

La participación es un derecho necesario para el ejercicio de otros derechos, toda vez que la ciudadanía al ejercerla busca informarse e incidir en la políticas públicas que

2 Historia de la Ley N° 20.417. Mensaje del Ejecutivo, pp. 5-7. Disponible en www.bcn.cl (30/08/2011).



intentan a su vez satisfacer y dar solución a sus necesidades. Asimismo, cumple una segunda función ya que su ejercicio se traduce en el necesario control ciudadano y rendición de cuentas de los asuntos públicos.

Para enfrentar estos asuntos, entenderemos por Participación Ciudadana aquellas actividades voluntarias mediante las cuales los miembros de la sociedad civil, pueden intervenir fundamentalmente en tres esferas: la elección de sus gobernantes (directa o indirectamente), en la gestión pública y en el ejercicio del control ciudadano.³

Todo proceso participativo supone la presencia y respeto de ciertos principios rectores fundamentales, que orienten y evalúen su diseño y ejecución. De la coherencia y efectiva aplicación de estos principios dependerá el éxito, reconocimiento y legitimidad del proceso participativo impulsado.

A continuación, presentamos dichas directrices.

A. Principios relativos al Derecho a la Participación Ciudadana

Analizaremos estos, en concordancia con lo expuesto en el Manual de Participación Ciudadana de Corporación Participa.⁴

1) Principio de Transparencia y Acceso a la Información

En virtud del primero todo lo acontecido en el marco del proceso participativo y relativo al mismo (objetivos, alcances, resultados) debe ser abierto y de público conocimiento, por iniciativa de la autoridad. La transparencia es una condición indispensable para que los ciudadanos puedan hacer seguimiento de los compromisos y acciones establecidos.

Por su parte, el Derecho de Acceso a la Información se entiende como aquel que tiene toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, salvo las excepciones legales. Los órganos del Estado, por su parte, tienen el deber de poner a disposición de la ciudadanía toda la información pública que poseen.

Ambos principios revisten importancia ya que permiten, por una parte, que el ciudadano pueda acceder a aquella información que posee el Estado necesaria para preparar su participación y permite, por otra, que puedan ejercer un verdadero control ciudadano al contrastar la coherencia entre la intención declarada por el servicio público y lo que efectivamente realiza.

2) Principio de Equidad (igualdad de oportunidades)

La participación supone que todas las personas que sean parte de un proceso tengan garantizadas la igualdad de oportunidades y de trato.

No bastaría, por ejemplo, que el proceso cumpla con el principio de acceso a la

³ Manual de Participación Ciudadana, Corporación Participa, Santiago de Chile, 2008, p. 24.

⁴ *Ibid.* pp. 55-56.

información entregando los antecedentes requeridos si dichos antecedentes no serán comprendidos por su receptor debido a su alto contenido técnico.

Enseguida, para que el proceso de entrega de la información sea equitativo es indispensable que se cumplan estándares de comprensión y accesibilidad. En conformidad al principio de Equidad, un proceso participativo adecuado, exigirá entonces que el Estado o el titular realicen esfuerzos adicionales para entregar apoyo especial a algún sector.

3) Principio de No Exclusión

Se refiere a que todas las personas que puedan verse afectadas con los resultados de un proceso y tengan un interés significativo en el mismo, deben estar representadas.

De lo contrario, la exclusión impedirá contar con la visión de todos los interesados lo que dificultará la anticipación de eventuales conflictos, el logro de mejores soluciones e inclusive la implementación de las medidas acordadas por carecer de la representatividad y consenso necesarios.

4) Principio de Reconocimiento y Respeto por la Diversidad

Este principio apunta a que los participantes reconozcan y respeten la diversidad de posturas, intereses y opiniones que tendrán sobre un mismo tema. De forma tal, que dicha diversidad se traduzca en una oportunidad de comunicación, diálogo y consideración de la diferencia para generar acuerdos.

5) Principio de Receptividad

Es fundamental que en un proceso participativo exista un compromiso real por recibir, aceptar e incorporar los resultados del proceso participativo en la decisión final en conformidad al nivel de participación establecida en el diseño.

En efecto, uno de los principales motivos de la falta de interés por participar se explica en la sensación de frustración de los afectados, quienes consideran que los resultados del proceso no fueron recogidos ni incorporados en las decisiones finales.

En el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, esta sensación es recurrente para quienes participan presentando observaciones a Estudios de Impacto Ambiental.

6) Principio de Voluntariedad

La incorporación al proceso de participación debe ser libre y voluntaria, exenta de todo mecanismo de coacción.

B. Niveles de Participación Ciudadana

Una vez establecidos los principios que inspiran un adecuado proceso participativo, a continuación identificaremos los distintos niveles de participación ciudadana en la gestión ambiental dependiendo del grado de influencia de los actores en los asuntos



ambientales,⁵ esto con el objeto de reconocer qué niveles existen en la gestión ambiental actual.

En primer lugar, se encuentra el nivel *informativo* en el cual una de las partes, el proponente o autoridades, entrega información sobre el proyecto y sus impactos. Ejemplo de esto son, los boletines, trípticos y anuncios radiales. En este nivel, la información se entrega de forma unidireccional sin posibilidades inmediatas de solucionar dudas o precisar otros aspectos.

En segundo lugar, encontramos el nivel *consultivo* de Participación Ciudadana como aquel en virtud del cual los interesados forman parte de un proceso durante el cual podrán entregar recomendaciones, formular observaciones y despejar dudas, sin ser obligatorio en la toma de decisiones. En este nivel se establece una relación informativa bidireccional entre los actores.

Finalmente el nivel *resolutivo*, el cual implica que las partes involucradas tengan el mismo grado de incidencia en la toma de decisiones. En este nivel, los participantes entregan una opinión de carácter vinculante que debe ser ejecutada por la autoridad.

En materia de gestión ambiental, la Participación Ciudadana se aplica sólo a nivel informativo y consultivo, ya que el mandato legal para los proponentes es que entreguen información oportuna y relevante acerca del proyecto en evaluación para que la comunidad pueda formarse una opinión, presentar observaciones y reclamar en caso de que no hayan sido debidamente consideradas.

Como sabemos, el propósito del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, es identificar y evaluar los impactos ambientales de los proyectos antes de su ejecución, a fin de que el sector que las promueve (público o privado) cumpla con las obligaciones ambientales que les son exigibles.

Esta función reviste de forma inherente un alto factor de conflictividad que se explica ya que en la evaluación de un proyecto o actividad existen diversos (y en la mayoría de los casos incompatibles) intereses en juego (los titulares del proyecto, la comunidad local, la ciudadanía, los servicios públicos).

Son numerosos los casos que dejan en evidencia la incapacidad del sistema de compatibilizar los intereses contrapuestos, por nombrar sólo algunos podríamos mencionar lo sucedido en Pascua Lama, Ralco o Hidroaysén.

Ahora bien, esta conflictividad no puede ser entendida como un elemento consustancial del proceso de participación ciudadana sino más bien como la consecuencia esperable de la concurrencia de diversos intereses frente a un asunto ambiental que genera externalidades cuya distribución es inequitativa.

En este sentido, Sabatini sostiene que *“las externalidades nos hablan, por lo tanto, de que los conflictos de intereses locales -que se suscitan por la distribución azarosa,*

⁵ Comisión Nacional del Medio Ambiente. Participación Ciudadana Temprana en el Marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Guía para Titulares de proyectos de inversión, Santiago de Chile, 1999, p.7.

*no anticipable, de las externalidades, tanto en los términos de su distribución social como espacial o territorial- son, de alguna manera, inevitables y no el resultado de que la gente o los ecologistas sean conflictivos. En suma, no es la participación la que genera los conflictos, sino las externalidades entendidas como un fenómeno objetivo con dimensiones ambientales, económicas y político-distributivas”.*⁶

Enseguida y como veremos en la próxima sección, si aceptamos que las externalidades son condición intrínseca de los proyectos y actividades susceptibles de causar impacto ambiental, debemos reconocer la necesidad de implementar adecuados mecanismos de Participación Ciudadana.

Por otra parte, la comunidad que soporta las externalidades negativas debe tener un espacio de opinión e información sobre lo que se hará y cómo se hará en el proyecto. Así, para enfrentar los conflictos ambientales no basta el factor técnico, sino también el factor político que permita determinar la adecuación de esa actividad con los intereses de la comunidad local.

En suma, la Participación Ciudadana es una forma indispensable y por lo demás conveniente de tratar estos asuntos la cual trae aparejada numerosas ventajas, entre las cuales está el que los participantes conocerán sus derechos y obligaciones y con ello aumentarán las probabilidades de asumir compromisos y actuar en responsabilidad frente a estos.

Dicha participación permitirá incorporar al proceso de evaluación los conocimientos, propuestas de la comunidad local; mejorando los proyectos. Por lo demás, se promueven relaciones, diálogo, intercambio y cooperación entre la comunidad, el proponente y los servicios públicos; se fortalecen las capacidades de la ciudadanía; se amplía y canaliza la entrega de información de acuerdo a las características propias de cada comunidad, y; se reviste al proceso de toma de decisiones de transparencia y legitimidad, estableciendo relaciones armónicas con la comunidad.

Además hará posible anticipar las dificultades y conflictos y corregir errores o complementar información ausente.

Por el contrario, de no desarrollar mecanismos de participación orientados adecuadamente en los principios reseñados se arriesga un distanciamiento entre la ciudadanía y el Estado, minando la confianza y aumentando la frustración y decepción sobre el sistema político democrático en su totalidad.

C. Consagración del Derecho de Participación Ciudadana

Ahora bien, una vez establecida la importancia de impulsar y robustecer la Participación Ciudadana dentro de la gestión ambiental es necesario exponer aquella normativa tanto a nivel internacional como nacional que le otorga exigibilidad a este derecho.

En la primera dimensión – la internacional – encontramos que el Derecho de

⁶ Sabatini Francisco, Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y fundamentos. Programa de Derecho y Política Ambiental Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2010, p.216.



Participación Ciudadana está reconocido en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo en junio de 1992, que establece que:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

Reconoce, seguidamente, que la mejor (y necesaria) forma de tratar los asuntos ambientales, supone la protección y promoción del Derecho de Acceso a la Información el cual impulsa a su vez la transparencia en el sistema de gobernabilidad ambiental y es requisito previo para la participación de la ciudadanía en la adopción de decisiones ambientales, lo que debe estar resguardado por un adecuado acceso al sistema de justicia ambiental que permita perseguir la protección de derechos y un adecuado resguardo de la ley.

Por otra parte, a nivel europeo el Principio 10 se ha codificado y elaborado el Convenio sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Adopción de Decisiones y Acceso a la Justicia en Cuestiones Ambientales (Convenio de Aarhus),⁷ el cual tiene por objetivo contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, garantizando los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental.⁸

A nivel nacional, en tanto, es posible reconocer la consagración de los derechos de Acceso a la Información y Participación Ciudadana en diversos cuerpos normativos.

Respecto del *Derecho de Participación* la Constitución Política del Estado dispone en el inciso quinto del artículo primero que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

En tanto, el *Principio de Publicidad* queda establecido en el artículo 8° el cual dispone que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Seguidamente consagra el principio de reserva preceptuando que, sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las

⁷ La Convención de Aarhus está abierta para su adhesión por cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas con sujeción a la aprobación de la reunión de las Partes. El Estado Chile no ha adherido a dicha Convención.

⁸ Artículo 1°, Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la adopción de decisiones y acceso a la justicia en cuestiones ambientales (Convenio de Aarhus).

personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Asimismo, tanto el Principio de Transparencia como el Derecho de Acceso a la Información Pública están regulados en la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública publicada el 20 de Agosto de 2008. Importante avance regulatorio ya que trata con especificidad el Derecho de Acceso a la Información, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

En cuanto a la Participación Ciudadana, cabe tener presente que el 16 de Febrero de 2011, se publicó la Ley N° 20.500, Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la gestión pública, la que reconoce el derecho de todas las personas a participar en las políticas, planes, programas y acciones estatales, prohibiendo toda conducta destinada a excluir o discriminar, sin razón justificada, el ejercicio del derecho de participación ciudadana.⁹

Finalmente, la recientemente modificada Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente reconoce en el inciso primero del artículo 4° el principio participativo preceptuando que es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.

Posteriormente, en los artículos 26 y siguientes del Título II *De los instrumentos de gestión ambiental*, Párrafo 3° *De la Participación de la comunidad en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental se regula la participación ciudadana dentro del SEIA.*

Como ha sido expuesto, la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente incorporó una serie de modificaciones relativas a la participación ciudadana.

En esta oportunidad, quisiéramos enfocarnos principalmente en uno de estos aspectos, específicamente aquel referido a la incorporación de un proceso de Participación Ciudadana en la Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas (Art. 30 bis), toda vez que la antigua Ley de Bases del Medio Ambiente sólo contemplaba la participación ciudadana respecto de los Estudios de Impacto Ambiental.

D. Desarrollo de la Participación Ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

En la primera sección expusimos la importancia de consagrar la Participación Ciudadana como elemento consustancial de una buena gobernabilidad ambiental. Posteriormente, revisamos como está idea ha tomado fuerza mediante la consagración en diversos cuerpos normativos a nivel nacional e internacional.

⁹ Para ello se reforma el Artículo 69 de la Ley N° 18.575 Sobre Bases Generales de Administración del Estado.



A continuación revisaremos, los motivos sociales, económicos y culturales que impulsaron la incorporación de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental.

La idea de impulsar una reforma en materia de Institucionalidad Ambiental comienza a gestarse en el año 1998 en el marco de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (conocida como Comisión Jadresic). Sumado a esto, comienzan a adquirir cada vez más notoriedad episodios de conflictividad ambiental como lo fue el del Caso Celco en el Río Cruces. Pero lo cierto es que la idea de reforma adquiere real fuerza recién el año 2005 con la *Evaluación de Desempeño Ambiental* realizada por el OCDE.¹⁰

En esta línea, el año 2007 la entonces presidenta Michelle Bachelet envió al Congreso un proyecto de ley que creaba el cargo de Ministro Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente en el cual encargaba al Ministro designado presentar una propuesta de rediseño de la Institucionalidad Ambiental.

Dicho encargo se cumplió el 5 de junio de 2008, fecha en la cual ingresa el Proyecto de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Ahora bien, con el objeto de estudiar el desarrollo y evolución de la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, es necesario establecer primeramente que si bien la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente de 1994 no contempló un período de Participación Ciudadana para las Declaraciones de Impacto Ambiental a diferencia de la Ley N° 19.300 modificada el año 2010, según la historia de la ley, el Proyecto de Ley original enviado por el Ejecutivo contemplaba la presentación de observaciones ciudadanas para proyectos que ingresarán como Declaraciones de Impacto Ambiental.¹¹

Desafortunadamente, en el primer trámite legislativo, la Comisión del Medio Ambiente del Senado, excluyó por unanimidad esta facultad respecto de las Declaraciones de Impacto Ambiental, sin reponerse en ninguno de los trámites posteriores.

La Historia de la Ley no expone mayormente los fundamentos que motivaron esta exclusión y se limita a señalar que se eliminó por "*estimarse necesario*".

Como veremos, ésta situación cambió con la Ley N° 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, que incorpora la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental que generen cargas ambientales en las comunidades próximas.

Para entender los motivos que impulsaron la reciente reforma ambiental es conveniente revisar el Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley donde queda en evidencia el contexto político, social y económico que enmarca esta modificación.

¹⁰ Ver: Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Comisión Económica para América Latina, *Evaluaciones de Desempeño Ambiental: Chile, 2005*. Disponible en www.eclac.org/publicaciones/xml/2/21252/cl2305e_indice.pdf. (30/08/2011).

¹¹ Historia de la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/ifs/hdl-19300/HL19300.pdf>. (30/08/2011).

Luego de catorce años de implementación y regulación de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, el sistema había dejado en evidencia debilidades en su funcionamiento.¹²

Como ha sido expuesto, la entonces Presidenta Michelle Bachelet destaca que el referido proyecto de ley busca avanzar en la política ambiental nacional con el fin de modernizar el sistema, otorgando mayores derechos a la ciudadanía y que para eso, es necesario fortalecer el rol del Estado y del sistema democrático.¹³

Seguidamente, expone que el ingreso de Chile a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), eleva los estándares de las políticas públicas y la calidad de nuestro crecimiento. Recordando que en materia de políticas ambientales, el Estado chileno debe someterse al escrutinio público, lo que exige actuar con eficiencia y transparencia.

El Mensaje Presidencial se refiere a la insuficiencia de la participación ciudadana señalando, que es una de las críticas habituales al actual modelo institucional. Luego, se refiere únicamente en esta materia a la reforma del proyecto referida a someter a un nuevo proceso de participación ciudadana a los Estudios de Impacto Ambiental cuyo proyecto se haya modificado sustantivamente en etapa de adenda, suspendiendo el plazo de tramitación con tal objeto.

Agrega, que un sistema de participación ciudadana transparente, informado y público puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también a una adecuada gobernabilidad ambiental.

Según emana de la Historia de la Ley, el proyecto original de la Ley N° 20.417 enviado por el Ejecutivo no contemplaba períodos de participación ciudadana para los proyectos que ingresaran como DIAs al SEIA.

Sin perjuicio de lo anterior, en la Comisión de Recursos Naturales de la Cámara los diputados Pascal, Accorsi, Espinosa, Girardi, Briere, León y Vallespín, formularon una indicación para incorporar formalmente la realización de un proceso de participación ciudadana en las DIA mediante los artículos 30 bis y 30 ter. El artículo fue aprobado por una unanimidad de los integrantes de la Comisión.

Con posterioridad, en el Segundo Informe de la Comisión del Medio Ambiente del Senado, el Ejecutivo presentó la indicación número 412 para sustituir el artículo 30 bis. Esta indicación incorpora una exigencia para la realización de un período de participación ciudadana cual es que dicho proyecto genere cargas ambientales para

12 Desde el análisis político institucional, las críticas dicen relación con los siguientes aspectos: (a) Las dificultades que presenta una institución transversal en una Administración pública vertical; (b) la incompreensión jurídica y de gestión del concepto de coordinación; (c) la intervención de la autoridad política en cuestiones que son eminentemente de decisión técnica; (d) la existencia de asimetrías de información en diversos sentidos; (e) a nivel regional, la institucionalidad ambiental ha sido contradictoria con el modelo transversal; (f) la fiscalización es dispersa e inorgánica lo cual genera muchos costos; (g) la gestión local en materia ambiental es débil; (h) la utilización de los instrumentos de gestión ha sido desequilibrada (mucho Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pocas normas), e i) la normativa ambiental sectorial es, en gran medida, definida por cada sector. Mensaje Presidencial N° 352-356. Historia de la Ley N° 20.417 que Crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Disponible en www.bcn.cl (30/08/2011).

13 Ibid.



las comunidades próximas.¹⁴

Esta indicación fue aprobada y quedó finalmente como una exigencia en la Ley vigente.

A fin de entender, el sentido de la indicación del Ejecutivo resulta ilustrativo reproducir lo expuesto por la entonces Ministra del Medio Ambiente Sra. Ana Lya Uriarte en la Discusión en Sala durante el Tercer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados.

En dicha ocasión, la Ministra señaló, en primer lugar, que no es de interés organizar un proceso de participación ciudadana para aquellos proyectos que no generan un impacto o una carga negativa a la ciudadanía, ambientalmente hablando.

En esta línea, expone que al ejecutivo le interesa llevar a la participación ciudadana a aquellos proyectos que, aunque produzcan beneficios sociales, generen cargas ambientales negativas. Finalmente, destaca que en términos prácticos, la mayoría de los proyectos generan cargas ambientales. Por lo tanto, la gran mayoría de las Declaraciones de Impacto Ambiental podrá tener un proceso de participación ciudadana.¹⁵

Con anterioridad, la Ministra entregó un dato relevante señalando que el entre 90 ó 94 por ciento de los proyectos ambientales son evaluados mediante declaraciones de impacto ambiental. Sin embargo, esas evaluaciones carecen por completo de participación ciudadana.¹⁶

Esto explica por qué los titulares ingresaban el proyecto de forma fragmentada al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que generaba un efecto perverso en la evaluación global del proyecto.

14 Indicación N° 412. "Artículo 30 bis.- Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate.

Si durante el procedimiento de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, ésta hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por diez días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación de la Declaración de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar que tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.

Tratándose de los proyectos sometidos a evaluación de conformidad a lo establecido en el artículo 18 ter, el plazo para la realización del proceso de participación ciudadana será de diez días.

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.

Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución.

Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.

La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas". Ibidem.

¹⁵ Historia de la Ley N° 20.417. Tercer trámite constitucional, Cámara de Diputados, pp. 1969-1970.

¹⁶ Ibid., p.1969.

E. Requisitos de la Participación Ciudadana en las DIA

Una vez expuesto lo anterior, en este capítulo analizaremos los requisitos que la recientemente modificada Ley No 19.300 establece para la Participación Ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental, en búsqueda de entregar una interpretación a estos requisitos, que genere mayor seguridad jurídica a las partes y que se atenga a los Principios que informan el Derecho Ambiental y la Ley N° 19.300.

Lo que parece buscar la norma del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 – relativa a la participación ciudadana en las DIA, como veremos – es que por una parte no se restrinja la participación ciudadana en aquellos casos en que hay personas que deben soportar un costo impuesto por la actividad de un tercero y por otra, no se cree un mecanismo vacío que obligue en todos los casos a llevar a cabo procesos de participación ciudadana, en el entendido de que habrá un número importante de proyectos respecto de los cuales no habrá interés por participar, generándose para los proponentes y la administración un costo que podría calificarse de innecesario.

Prima entonces, lo que quizás es una mirada equilibrada en este sentido, no imponiendo la participación ciudadana, pero sí permitiéndola y promoviéndola.

Pero además, la participación tiene una importancia estratégica para la administración del Estado y para los titulares de proyectos, pues por definición los organismos del Estado tendrán una información limitada sobre el territorio, las actividades económicas, la realidad cultural y los recursos naturales de una determinada zona que se pretenda intervenir.

La participación ciudadana le permitirá a estos órganos adquirir un nivel mayor de información y por lo tanto tomar una decisión que se encuentre más acorde a sus principios y fines legales.

Entendemos que los requisitos, en términos generales, son accesibles y dicen relación con que efectivamente haya un interés ciudadano de participar en un determinado proyecto.

El artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 establece en su inciso primero, lo siguiente:

“Artículo 30 bis.- Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate”.

El artículo 30 bis de la Ley N° 19.300 considera cuatro requisitos para que se de lugar a la Participación Ciudadana en los casos de Declaraciones de Impacto Ambiental. Analizaremos cada uno de ellos.



1) Solicitud

El primer requisito que señala el artículo 30 bis es que exista una presentación de parte de dos personas jurídicas o diez personas naturales directamente afectadas, solicitando la participación ciudadana.

La necesidad de que la presentación de la solicitud considere un número de personas u organizaciones, aún cuando nos parece cuestionable, resulta en un requisito aparentemente simple de cumplir. Lo anterior por cuanto el número de requirentes que se exige no es elevado y efectivamente lo que más probablemente ocurra es que aquellos que deseen participar sean quienes sufren las externalidades del proyecto, vale decir, personas directamente afectadas.

Respecto a este tema, suponemos que el criterio del SEA será amplio, en cuanto no puede solicitar pruebas de afectación directa, dada la complejidad técnica de las mismas y la muy probable imposibilidad que tengan los solicitantes de acompañarlas. De exigir dichas pruebas se atentaría abiertamente contra el espíritu de la norma y contra los principios de la Participación Ciudadana, convirtiéndola en letra muerta. En efecto, los solicitantes de Participación Ciudadana en una DIA, en la mayoría de los casos sólo tendrán una intuición fundada de ser directamente afectados por el proyecto en cuestión, ya que si ingresa mediante una DIA no se le requerirá de una información tan detallada, a diferencia de los EIA.

Luego entonces, la información relativa a los proyectos que manejen las personas que podrían ser afectadas, siempre será de muy baja calidad y probar una afectación directa, respecto de un proyecto, podría ser extremadamente complejo y presumiblemente oneroso para los ciudadanos que pretendan participar.

En lo que se refiere a las Organizaciones Sociales, no se exige esa afectación directa. Esto quizás responda a que, teóricamente, es complejo considerar que las personas jurídicas tengan derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puesto que a diferencia de las personas naturales, su "vida" no depende de la existencia de elementos naturales en que sustentarse.

Y pese a la primera impresión que la afirmación anterior pueda producir, en este caso es beneficioso para las personas jurídicas afectadas o aquellas que tienen por objeto la protección del medio ambiente, pues la ley no les exige estar directamente afectadas, haciendo aparentemente más simple la solicitud de participación ciudadana hecha por este tipo de personas.

Respecto a las personas jurídicas con fines de lucro, nada se dice. A pesar de que esto llama nuestra atención, no será tratado en el presente artículo.

2) Plazo

En lo que dice relación con el plazo contemplado en la ley, nos parece adecuado que este sea de 10 días desde la publicación del listado de DIA's presentadas al SEIA.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos pertinente y necesario que en el Reglamento de la Ley N° 19.300, pronto a dictarse, indique claramente los requisitos para solicitar un período de Participación Ciudadana; el número de personas que se requiere para presentar la solicitud y la fecha en que vence el plazo. Sería además recomendable

que se destacaran los proyectos que son susceptibles de producir externalidades negativas, o los que de seguro las producen. Para esta materia, el SEA es el organismo más capacitado.

Enseguida, si se informa adecuadamente a la ciudadanía sobre la forma de ejercer su derecho a la Participación Ciudadana, el plazo de 10 días parece adecuado.

3) Cargas Ambientales

El tercer requisito que da lugar a la participación ciudadana en un proceso de evaluación con DIA es, que el proyecto sometido al Sistema de Evaluación, genere *"cargas ambientales en las comunidades próximas"*.

Nos referiremos ampliamente a este requisito en la sección siguiente.

4) Resolución de la Dirección Regional o el Director Ejecutivo del SEA

Finalmente y según sea el caso, la solicitud de participación ciudadana en Declaraciones de Impacto Ambiental, requiere ser aceptada por la Dirección Regional o el Director Ejecutivo del SEA.

Ahora bien, de la expresa redacción de la norma, nos queda claro que a pesar de la utilización de la voz *"puede"* esta no es una facultad discrecional para estos organismos, en la medida que, deducida una solicitud de Participación Ciudadana, si esta cumple con los requisitos legales, debe necesariamente dársele lugar y decretarse la Participación Ciudadana.

Lo anterior, se desprende de una interpretación armónica de las normas a la luz de los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Por principio de racionalidad entendemos que a cualquier decisión de la autoridad –a riesgo de ser arbitraria- debe existir una justificación racional. En palabras de MacCormick; *"cada acto u omisión tiene que ser justificable con alguna razón"*.¹⁷

Por *"Razonabilidad"*, entendemos que además de un acto racional, y por lo tanto justificado, el acto administrativo debe obedecer a razones, las cuales indudablemente deberán estar dadas por el respeto a las leyes y la Constitución. Muy unido a esto, el principio de proporcionalidad, como la necesidad de que la autoridad haga una ponderación en su decisión, respecto de los bienes jurídicos en juego y las normas y principios constitucionales que se verán afectadas a la hora de tomar una decisión, de tal manera que ésta sea lo menos gravosa posible.

En un examen proporcionado, el SEA tendrá siempre en juego el Derecho a la Participación Ciudadana y luego conectado con dicho derecho, podría tener otros Derechos Fundamentales y/o Principios Constitucionales, todo ello por parte de los solicitantes. En el caso de los proponentes, al menos estará siempre en juego la Libertad Económica.

¹⁷ MACCORMICK, N. "I limiti della razionalità nel ragionamento giuridico", en N. MacCormick e O. Weinberg, Il diritto come istituzione, a cura di M. La Torre, Milano, 1990, p. 259



Sin embargo, es innegable que la afectación de derechos de los proponentes que pueda ser consecuencia de la decisión de la autoridad en este sentido, siempre será menor, sino es de nulo impacto. La Participación Ciudadana no es vinculante y sólo exige considerar las observaciones de la ciudadanía,¹⁸ las cuales podrían modificar un proyecto si existe una colisión de derechos que obligue al Proponente a modificarlo. En ese caso, no podríamos hablar de afectación de derechos del proponente, sino de una corrección conforme a derecho.

En todos los demás casos, el único recurso que deberá invertir el proponente en definitiva, es el tiempo, de tal manera que, salvo casos excepcionales, no podríamos pretender la afectación con intensidad de ninguno de sus derechos al otorgar la posibilidad de Participación Ciudadana.

Por el contrario, en caso de negarse una Participación Ciudadana que cumpla con los requisitos, la intensidad de la medida en contra del derecho a la participación de los solicitantes sería mayor, pues se estaría anulando la posibilidad de su ejercicio. Lo cual según el caso podría traer aparejado, la afectación de otros derechos.

Todo lo anterior tomando en cuenta que el órgano correspondiente, enfrentado a una solicitud de Participación Ciudadana y en caso de estimar que no dará lugar a ella, tendrá necesariamente que emitir un pronunciamiento fundado respecto de dicha negativa. Entonces surge la pregunta respecto de cuáles podrían ser los motivos que podrían fundar esta negativa, sin que ella deviniera en un acto ilegal o arbitrario y cómo podría dicha negativa sortear un examen de razonabilidad y/o proporcionalidad.

En conformidad al espíritu y letra de la ley, y la necesaria fundamentación de los actos administrativos, la única fundamentación razonable y proporcionada para negar la participación ciudadana en una DIA sería la falta de concurrencia de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 30 bis del referido cuerpo legal. Cualquier otra difícilmente podría cumplir el estándar mínimo aceptable y por lo tanto adolecería de un vicio en su origen.

Así las cosas, y completando el cuadro, nos parece que si la solicitud de Participación Ciudadana cumple con los requisitos legales establecidos para ella, el órgano competente estará obligado a pronunciarse favorablemente.

F. Las Cargas Ambientales

Según lo expuesto, es posible establecer que la clave interpretativa en este sistema estará en el requisito referido a la generación de cargas ambientales en las comunidades próximas

El concepto de "carga ambiental" es un concepto nuevo, incorporado por nuestro legislador en la reforma a la Ley N° 19.300. Así entonces, la definición legal de las mismas es la que prima en este sentido.

¹⁸ En efecto, el inciso final del artículo 30 bis en comento, señala que "La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas."

A la letra, la Ley señala en su artículo 30 bis que se entenderá que *“provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionen externalidades negativas durante su construcción u operación.”*

Así entonces, hay un doble requisito para que los proyectos puedan ser calificados como “con carga ambiental”, que generen tanto beneficios sociales como, externalidades negativas en fases de construcción y operación.

A continuación, analizaremos ambos elementos.

1) Los Beneficios Sociales

En cuanto a los primeros, no existiendo una definición legal de “Beneficios Sociales”, podemos acercarnos a este concepto desde su etimología o de acuerdo a la utilización que se le da en la ciencia a la que es propia, la economía. Esto en aplicación de las reglas interpretativas legales consagradas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil.

Desde su etimología podríamos señalar que beneficio es, de acuerdo a la Real Academia Española, el “bien que se hace o se recibe” o la “utilidad o provecho”, mientras que social es “Pertenciente o relativo a la sociedad”.

Así entonces, el beneficio social de un proyecto será la utilidad o provecho que la sociedad recibe por consecuencia del mismo y se verá normalmente manifestado en cosas como el desarrollo económico, el empleo, el desarrollo de la infraestructura o las prestaciones que el proyecto puede prestar a la comunidad.

Esto es confirmado por el concepto propio de la economía y que encontramos por ejemplo en el “Diccionario Económico Financiero”: *“Beneficio social. Beneficio que obtiene la comunidad como resultado de realizar una determinada actividad productiva. Éste se determina en relación con el valor que asigna la sociedad a los bienes producidos y a los insumos y factores productivos utilizados. Debido a la presencia de distorsiones, no siempre coinciden los valores sociales de los bienes, insumos y factores productivos, con los precios de mercado de los mismos.”*¹⁹

Vale decir, el beneficio social corresponderá a todas aquellas consecuencias de un proyecto que generan un beneficio no solamente al titular del mismo, sino también, de manera directa o indirecta, a la sociedad toda.

Así las cosas, salvo una difícil interpretación restrictiva de los beneficios sociales, tenemos como consecuencia lógica que la inmensa mayoría de los proyectos que se someterán al SEIA tendrán esta característica, por cuanto de la revisión de las tipologías contenidas en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, no encontramos ningún proyecto que no produzca, aunque sea en menor escala, algún beneficio social.

De hecho, nos parece que los proyectos que podrían no reunir las características de generar un beneficio social, serían más bien *casos de laboratorio*.

19 ESCOBAR Gallo, Heriberto, CUARTAS meja, Vicente. Diccionario Económico Financiero, Universidad de Medellín, Tercera Edición, 2006, p. 58.



2) Externalidades Negativas

En lo que se refiere a las externalidades negativas, este concepto tampoco tiene una definición legal y es propio de las ciencias económicas. Podríamos señalar, en principio, que son costos que no han sido internalizados por la empresa, generándose distorsiones en la producción óptima del bien, en su precio y, por lo tanto, cargas soportadas por terceros.

Una definición de amplio uso es la siguiente: *"Las externalidades son efectos indirectos de las actividades de consumo o producción, es decir, los efectos sobre agentes otros que el originador de tal actividad que no funcionan a través del sistema de precios."*²⁰

Otra definición interesante es la siguiente: *"Podemos definir las externalidades como la imposición por parte de un agente económico a otro de un daño (externalidad negativa) o de un beneficio (externalidad positiva), valorable económicamente, por los que el causante no paga o recibe una compensación económica."*²¹

El ejemplo que siempre se da en teoría económica es el de la contaminación. Esta es producida por un proyecto, pero normalmente tendrá que ser soportada por terceros ajenos a ese proyecto, con los correspondientes costos para su salud, sus propios proyectos, etc. y sin que haya un pago por soportar dicho costo y por lo tanto sin que este se vea reflejado en el precio del bien producido por el proyecto que genera la contaminación.

Las externalidades negativas son usualmente comprendidas dentro de las llamadas "fallas de mercado", concepto que abarca aquellas *áreas grises* de la economía; las ineficiencias que se producen en la distribución de costos y beneficios dentro de un mercado. La necesidad de mitigar o eliminar las fallas de mercado deviene, en nuestro sistema económico, en un deber de la legislación (sin perjuicio del deber del Estado de proteger el Patrimonio Ambiental).

La idea de evitar las externalidades negativas de los proyectos, está recogida desde el comienzo en nuestra Ley N° 19.300, bajo el principio llamado "el que contamina paga"²², principio que a su vez fue tomado de la Declaración de Río de 1992.

Vemos manifestaciones permanentes de dicho principio en diversas normas, e incluso podríamos decir que el propio Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tiene un fuerte componente en este sentido.

Lo que se busca es que los impactos de un proyecto no devengan en externalidades, sino que siendo conocidos previamente por la autoridad y la ciudadanía, éstos sean internalizados, lo que en términos generales se intentará mediante los planes de

20 LAFFONT, J.J. "externalities." The New Palgrave Dictionary of Economics. Second Edition. Eds. Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume. Palgrave Macmillan, 2008. The New Palgrave Dictionary of Economics Online. Palgrave Macmillan. 29 de Marzo de 2011.

21 GUTIÉRREZ Junquera, Pablo. "Curso de Hacienda Pública". Ediciones Universidad de Salamanca, 2ª Edición, Octubre de 2006, p. 155.

22 Mensaje número 387-324 de 14 de septiembre de 1992, señala entre sus principios el de "el que contamina paga", especificando entre otras cosas que este "En efecto, se funda en la idea de que el particular que actualmente contamina o que lo haga en el futuro, debe incorporar a sus costos de producción todas las inversiones necesarias para evitar la contaminación." "Historia de la ley 19300", disponible en www.bcn.cl, p. 15 (30/08/2011).

mitigación, compensación y reparación.

Pero, luego de este proceso seguirán existiendo algunas externalidades negativas, aún cuando ellas, al estar reguladas y cumplir con dichas regulaciones, puedan ser calificadas como de externalidades *socialmente aceptables*.

Lo anterior, por cuanto las medidas de mitigación, compensación o reparación no significarán una eliminación de los impactos –y por lo tanto de las externalidades– sino en el mejor de los casos una disminución de ellos al ajustarlos a las normas vigentes.

a) Todo Proyecto sometido al SEIA tiene externalidades negativas

Dijimos anteriormente que el SEIA tenía mucho de manifestación del principio de “el que contamina paga” y en ese sentido tenía mucho de sistema de prevención de las externalidades negativas. En efecto, un proyecto ingresa al sistema porque hay una presunción de que podrá provocar estas externalidades, de ahí las causales de ingreso de los artículos 10 y 11 de la Ley N° 19.300.

El artículo 10 señala ciertas tipologías de proyectos respecto de las cuales se tiene dicha presunción, obligando a esos proyectos a ingresar al sistema.

Lo anterior surge de la interpretación sistemática de las normas de la Ley N° 19.300, la atención a sus principios, los fines del SEIA y en especial del análisis del encabezado del artículo 10 y de la definición de impacto ambiental, contenida en el artículo 2 letra k).

El artículo 10 señala en su inicio que: “*Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:*”, para luego enumerar las tipologías de proyectos que obligatoriamente deben someterse al SEIA.

En esa norma encontramos la presunción legal de que los proyectos contenidos en los literales del artículo 10°, son proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental.

El impacto ambiental por su parte, si no es internalizado en los costos del proyecto, será una externalidad negativa. En efecto el Impacto Ambiental es definido en el artículo 2 letra k) como “*k) Impacto Ambiental: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada.*”

La afectación del Medio Ambiente implica necesariamente un costo que debe ser soportado ya sea por ciertas personas puntuales, o por la sociedad toda. Ese impacto no es inocuo.

Estamos aún en una etapa de pre-evaluación: la Ley describe proyectos que a su juicio impactarán o impactarían el medio ambiente; existiendo o no existiendo el sistema. Luego crea el sistema y obliga a esos proyectos a someterse a él, evaluar su factibilidad ambiental y cumplir ciertos estándares.



Lo más probable es que al instalar el sistema, las externalidades negativas de los proyectos hayan tendido a disminuir por la existencia de un incentivo irrenunciable frente a ellos; la necesidad de obtener una Resolución de Calificación Ambiental favorable, de manera de poder operar legalmente. Esto sin embargo, no significará la desaparición de dichas externalidades, como veremos.

Con todo, podríamos interpretar que cualquier proyecto sometido al SEIA es un proyecto que tiene aparejado algún tipo de externalidad negativa, eso es lo que precisamente justifica y obliga su ingreso al sistema. Luego, es el titular del proyecto el obligado a romper ese esquema, esa presunción y a demostrar que su proyecto cumple con la normativa ambiental, no genera impactos o externalidades, o las compensa, mitiga o repara.

b) Impacto ambiental y Externalidad Negativa

Todo impacto ambiental es en principio una externalidad negativa y por eso es que analogamos ambos conceptos aún cuando ellos pertenecen a planos distintos, siendo uno eminentemente normativo y el otro eminentemente económico.

Dado que en nuestra normativa los impactos ambientales están permitidos, al menos en ciertas magnitudes, de manera que resulta evidente que ellos no se internalizarán en los costos de un proyecto, por ser innecesario y económicamente (y/o técnicamente) ineficiente. Así entonces, tenemos el primer tipo de externalidades que subsistirán, que son aquellas ligadas a impactos permitidos y que no tengan medidas de mitigación, compensación o reparación.

Dentro de este tipo encontramos también las que podríamos llamar como “de internalización global”, que son aquellas cuyos supuestos costos son internalizados mediante una vía indirecta como son las tasas o impuestos. En estos casos tenemos un aumento de costos para el titular de un proyecto, que podría finalmente ser reflejado en el precio – dependiendo de la elasticidad de la oferta y la demanda – o que hace ineficiente ciertas actividades productivas, a las cuales no nos referiremos por que al ser ineficientes no se realizarán y por lo tanto no ingresarán al SEIA.

Pero no necesariamente existe una disminución de los costos de quien recibe la externalidad negativa, siendo que ese agente tiene que asumir esos costos y por lo tanto, aún habiendo sido compensada la externalidad sigue latente.

Lo mismo puede suceder en el segundo tipo de externalidades que subsisten, que son aquellas que aun habiendo sido compensadas, reparadas o mitigadas por el titular, siguen imponiendo un costo indebido a un tercero porque dichas medidas no van en directo beneficio de personas directamente afectadas, o no alcanzan a llevar el costo/beneficio a suma cero.

Entonces, salvo casos en que un proyecto genere cero impacto – cosa extremadamente improbable en las tipologías del artículo 10 – las externalidades negativas serán parte integrante de los proyectos sometidos al SEIA, tanto al ingresar a este, como al terminar su evaluación con una RCA que los apruebe.

Esto redundo en lo que hemos dicho, todo proyecto sometido al SEIA tiene una externalidad negativa latente, presunta. Todo proyecto contenido en el artículo 10,

es susceptible de causar Impacto Ambiental.

En los casos en que no existan dichas externalidades, será el proponente quien deberá probarlo.

c) Externalidades Negativas en las DIA y EIA

El artículo 11 de la Ley N° 19.300²³ por su parte, no es más que un listado de externalidades negativas susceptibles de ser provocadas por proyectos, dejando (en principio) en manos del titular la determinación de si provocará alguna de esas externalidades y por lo tanto debe someterse al sistema mediante un Estudio de Impacto Ambiental.

Pero este listado tiene una particularidad, no sólo enumera algunas posibles externalidades negativas, sino que además señala ciertas magnitudes.

En general esas externalidades deben ser significativas o representar un riesgo, dejando finalmente en manos de la administración la posibilidad de definir cuándo esas externalidades o impactos son en efecto significativos o representan un riesgo. De ello se ha hecho cargo el Reglamento de la Ley N° 19.300 y otras normas complementarias.

Luego entonces, la línea divisoria entre los proyectos que ingresarán al SEIA mediante un EIA o mediante una DIA, estará dada por la magnitud de las externalidades negativas de dicho proyecto, no por el hecho de presentar o no las características propias de un generador de externalidades negativas. Si la magnitud supera cierto límite fijado por la administración con arreglo a la ley, entonces deberá someterse a un EIA. Si está bajo dicho nivel, podrá ingresar mediante DIA.

Lo anterior en ningún caso significará que los proyectos que han ingresado mediante DIA no provoquen externalidades, sino sólo que las provocarán en magnitudes aparentemente menores. En efecto, y como venimos diciendo, la ley hace una presunción de que los proyectos que se someten al SEIA tienen una potencial externalidad negativa y esa es precisamente la razón por la cual los obliga a someterse a esta evaluación.

d) Proyectos DIA sin externalidades negativas

Como hemos visto, la Ley presume que un proyecto que ingresa al SEIA viene cargado con externalidades y por ello lo hace ingresar al sistema.

23 "Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento."



Sin embargo, es perfectamente posible que algunos de dichos proyectos ingresados mediante DIA no presenten esta característica y por lo tanto no sean susceptibles de Participación Ciudadana.

Lo más probable es que de no existir externalidades negativas, tampoco haya personas interesadas en la Participación Ciudadana y por lo tanto nunca sea necesario hacer este análisis, pero entendemos que podrá haber algunos casos en que sea necesaria.

Creemos que en esos casos, será el titular del proyecto el que deberá alegar frente a la Dirección Regional o el Director Ejecutivo del SEA, el mérito de la resolución que da lugar a la Participación Ciudadana, entregando para ello los antecedentes suficientes que prueben que el proyecto no presenta externalidades negativas. Cumplido lo anterior y rota la presunción legal por parte del proponente, el órgano competente debiera reconsiderar su decisión.

En este sentido, creemos que es fundamental que se establezca algún tipo de procedimiento en el Reglamento de la Ley N° 19.300 que regule solicitudes como la anterior y que respetando las reglas mínimas del debido proceso, de una solución a controversias de este tipo.

De lo contrario, presumiblemente habrá que recurrir a las herramientas de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo o a Acciones Constitucionales. En ambos casos, el cronograma que el SEA intentará establecer para las evaluaciones se verá muy alterado, cosa que sería preferible que estuviese considerada con anterioridad por la autoridad. En ambos casos además, se perjudica la certeza jurídica de los actores del proceso.

e) Participación Ciudadana en DIA de empresa de menor tamaño

Aunque excede el propósito del presente trabajo, es necesario referirnos al artículo 18 quáter²⁴ de la Ley N° 19.300, en cuanto este se refiere a la posibilidad de las empresas de menor tamaño de someterse a un proceso de evaluación y certificación de conformidad respecto de la normativa ambiental. Dicho proceso tiene como

24 "Artículo 18 quáter.- Si el titular del proyecto es una empresa que según la ley califica como de menor tamaño y debe presentar una Declaración de Impacto Ambiental podrá comprometer a su costo, someterse a un proceso de evaluación y certificación de conformidad, respecto del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable al proyecto o actividad. En este caso, la Comisión establecida en el artículo 86 o el Director Ejecutivo, en su caso, observará el siguiente procedimiento:

a) Verificará si el proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, en el plazo de 10 días contado desde la presentación de la Declaración.

b) En caso de no requerir un Estudio de Impacto Ambiental, procederá al registro de la Declaración, siempre que el proyecto se encuentre localizado en un área regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genere cargas ambientales.

c) Si el proyecto o actividad se localiza en un área no regulada por instrumentos de planificación territorial vigentes y no genera cargas ambientales, abrirá un período de participación ciudadana, en el que citará a una audiencia especial a lo menos a tres organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica vigente, cuyo domicilio legal se encuentre en aquellas comunas en que el proyecto o actividad se emplazará. Dicho período no se extenderá más de 10 días, debiendo levantarse un acta por un ministro de fe en donde consten los compromisos con la comunidad. Finalizada dicha etapa, procederá a su registro.

d) El registro consistirá en la anotación del proyecto o actividad, en el que debe constar el lugar del emplazamiento, la caracterización de la actividad, tiempo de ejecución de las obras y el proyecto, indicadores de cumplimiento de la certificación de conformidad y compromisos asumidos por el proponente con la comunidad.

e) Realizado el registro una copia de la Declaración, que contendrá las observaciones de la ciudadanía, cuando correspondiere, será visada por el Servicio de Evaluación Ambiental y hará las veces de Resolución de Calificación Ambiental para todos los efectos legales."

requisito la inexistencia de cargas ambientales y establece la posibilidad de un período especial de Participación Ciudadana en los casos en que no existan instrumentos de planificación territorial vigentes.

Entendemos que cuando una empresa de menor tamaño quiera someterse al proceso del artículo 18 quáter, deberá primeramente y junto con la presentación de la DIA, probar que su proyecto no genera cargas ambientales, pues es un presupuesto para llevar a cabo el proceso de Certificación al que se refiere dicho artículo.

En los casos en que genere cargas ambientales, no podrá certificarse y en lo que se refiere a Participación Ciudadana, tendrá el mismo tratamiento que cualquier otro proyecto. Es importante este artículo por cuanto la discusión sobre si se generan o no cargas ambientales será previa a lo que puede ser en otros procedimientos, ya que acá el titular deberá ingresar su solicitud con la justificación de por qué ésta no produce cargas ambientales, de manera que le sea aprobada.

Con lo anterior, se excluirá la posibilidad de que haya un período de Participación Ciudadana, salvo en los casos que señala el mismo artículo.

Más allá de lo estrictamente ligado a la Participación Ciudadana y teniendo en cuenta lo que hemos venido analizando a lo largo de este artículo, nos parece muy difícil que se aplique este artículo 18 quáter, en cuanto a los pocos proyectos que podrán cumplir con el requisito de no generar cargas ambientales y tener que someterse al SEIA.

III. CONCLUSIONES

Como ha quedado expuesto, una adecuada Institucionalidad Ambiental debe promover y fortalecer las condiciones necesarias para mejorar el sistema de gobernabilidad ambiental, entendido como aquel manejo sostenible y preventivo del medio ambiente, que permite a la ciudadanía acceder a la información pública ambiental y participar en la toma de decisiones en el marco de una normativa ambiental clara en la cual las autoridades actúan de manera transparente y responsable.

En este sentido, los derechos de Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana son esenciales.

La recién modificada Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente incorpora la participación ciudadana dentro del proceso de evaluación de las Declaraciones de Impacto Ambiental que genere cargas ambientales para las comunidades más próximas.

Para que este proceso participativo sea exitoso deberá regirse por principios rectores fundamentales que orienten su diseño y ejecución como lo son el principio de transparencia y acceso a la información, el de equidad, de no exclusión, de reconocimiento y de respeto por la diversidad, receptividad y voluntariedad.

La participación ciudadana es una forma necesaria y conveniente de tratar los asuntos ambientales, toda vez que éstos incorporan inherentemente elementos de conflictividad que colisionan con los diversos intereses involucrados.



Así, si bien reconocemos que el desarrollo de un proceso participativo no es fácil, es necesario. Por lo demás, resulta altamente recomendable enfrentar la eventual conflictividad desde un escenario dialogante y participativo, puesto que, con seguridad, los beneficios serán comparativamente superiores a los costos que se generarán de no realizarse un proceso participativo que cumpla con los estándares ya reseñados.

Según lo expuesto en este artículo, si bien el derecho de Participación Ciudadana se encuentra amparado a nivel normativo tanto nacional como internacional, sólo ha sido incorporado, con la actual reforma ambiental, en la evaluación de las DIAs.

Por lo anterior resulta del todo atinente, desarrollar una interpretación sobre el tratamiento establecido en esta normativa respecto del derecho de Participación Ciudadana.

Hemos señalado, en primer lugar, que las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental deberán (no podrán) decretar la realización de un proceso de participación ciudadana siempre que los solicitantes cumplan íntegramente los requisitos consagrados en el artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, a saber, número mínimo de solicitantes y dentro de un determinado plazo.

Enseguida y en conformidad a la interpretación armónica de los artículo 10 y 11 del referido cuerpo legal, la existencia tanto de los beneficios sociales como las externalidades negativas (elementos de la carga ambiental) se presumirán en todos los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y por tanto, tocará al titular del proyecto (y no al solicitante) probar la inadmisibilidad del referido período de participación ciudadana por la no ocurrencia de alguno de los requisitos que configuran la carga ambiental.

En este escenario, a nuestro juicio, el SEA tendrá que dar lugar siempre a la participación ciudadana que sea solicitada en cumplimiento a los requisitos legales. Asimismo, el SEA deberá crear los mecanismos que permitan resolver las controversias que se generarán en aquellos casos en los que el titular del proyecto considere que la Declaración en estudio, no produce cargas ambientales. Esperamos que estos mecanismos sean abordados en el próximo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

REGLAMENTOS AMBIENTALES

Juan Pablo Leppe Guzmán*

En este artículo se da cuenta del proceso de formación de los reglamentos que emanan del Presidente de la República abordando con mayor detalle el procedimiento que debe seguir la dictación de los reglamentos con que se regula materias ambientales;¹ se estudian los mecanismos para la revisión y control de estos; se muestra parte del panorama regulatorio ambiental comparado, y se finaliza con algunas conclusiones.

I. FORMACIÓN DE REGLAMENTOS

Como es bien sabido, el Presidente de la República puede dictar normas en virtud de una de las atribuciones que le asigna la Constitución, cual es la de ejercer la potestad reglamentaria. El Jefe de Estado se encuentra constitucionalmente facultado para reglar materias que no formen parte del dominio legal (potestad reglamentaria autónoma o extendida); y para dictar reglamentos, decretos e instrucciones con la finalidad de propiciar la ejecución de leyes vigentes (potestad reglamentaria de ejecución).²

De los cuerpos de normas citados, revisten especial interés en materia medioambiental los reglamentos, pues la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente modificada (LBGMA) se remite con frecuencia a ellos, además de ordenar que la regulación de una serie de temas específicos se realice mediante decretos supremos; fuente de normas reglamentarias por excelencia.^{3 4}

De acuerdo con la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, los decretos supremos son actos administrativos, y como tales deben ser escritos y contener declaraciones de voluntad. En los términos de la misma ley, son órdenes que dicta el Presidente o un Ministro sobre asuntos de su competencia⁵; deben llevar la firma del Presidente y la del Ministro respectivo para ser obedecidos⁶ -a menos que los dicte un Ministro "por orden del Presidente de la República"⁷; deben enumerarse; foliarse en el Ministerio de origen⁸; someterse al control preventivo

* Abogado. Máster (c) Avanzado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Pompeu Fabra. Integrante del Programa de Derecho y Política Ambiental de la Universidad Diego Portales.

1 No energéticas ni relativas a recursos naturales específicos.

2 Artículo 32 N° 6 de la Constitución Política.

3 Fuente formal del Derecho de rango infra legal, pero contenedora de normas generales y obligatorias.

4 El año 2005, en el informe "Environmental Performance Reviews: Chile. Conclusiones y Recomendaciones", la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), señalaba a propósito de la gestión ambiental chilena: "El país ha puesto relativamente poco énfasis en la regulación y la información y, en los últimos tiempos, ha prestado más atención a la planificación territorial y a los enfoques voluntarios". Pág. 2.

5 Art. 3°.

6 Art. 35 de la Constitución Política.

7 Contraloría ha señalado que los reglamentos de ejecución de una ley no pueden ser aprobados mediante decretos firmados por ministros de Estado bajo la fórmula "por orden del Presidente", aduciendo que por tratarse de un acto que importa el ejercicio de la potestad reglamentaria del artículo 32 N° 6 de la Constitución, deben ser firmados por el Presidente. Véanse los Decretos N° 444 de 2010 y 993 de 2011, del Ministerio del Interior.

8 Art. 17 inciso primero del Decreto con Fuerza de Ley N° 7.912 de 1927.



de juridicidad que realiza la Contraloría General de la República previo a la toma de razón⁹; anotarse por ella¹⁰; comunicarse a la Tesorería General de la República "...cuando se trate compromisos para el Estado"¹¹; y publicarse en el Diario Oficial (D.O.).^{12 13}

Ahora, en la medida que con un decreto supremo se "...afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio..."¹⁴, aquel tendrá que expresar tanto hechos como fundamentos de Derecho, exigencia que suele satisfacerse en los "vistos" y "considerandos", en el orden señalado.

En resumen, hasta este punto tenemos que los reglamentos que adopten la forma de decreto supremo se encuentran sujetos a exigencias formales, procedimentales, y a otras materiales, que deben ser satisfechas antes de que surtan efecto, resulten obligatorios y exigibles. Sin embargo, para dictar un reglamento con normas de contenido medioambiental debe cumplirse con fases adicionales, no existiendo un procedimiento único de elaboración, ya que existen distintos marcos para distintos subtemas.

II. FORMACIÓN DE REGLAMENTOS DE CONTENIDO MEDIOAMBIENTAL EN CHILE

La proposición al Presidente de dictar una norma general de carácter ambiental puede provenir de otro Ministerio, sin perjuicio de lo cual, el legislador estableció que corresponde al Ministerio del Medio Ambiente (MMA) "*Coordinar el proceso de generación de las normas de calidad ambiental, de emisión y de planes de prevención y/o descontaminación, determinando los programas para su cumplimiento*".^{15 16 17}

En relación con lo anterior, cabe añadir que la Superintendencia del Medio Ambiente debe "*Proporcionar información y absolver las consultas del Ministerio del Medio Ambiente y de los organismos con competencia en fiscalización ambiental, para la elaboración de las normas técnicas que correspondan*".¹⁸

Luego, la propuesta normativa debe ser sometida al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad con el propósito de obtener su pronunciamiento¹⁹, siempre que

9 Art. 99 de la Constitución Política; artículo 10 de la ley N° 10.336, Orgánica de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, y Resolución N° 1600/2008 de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre la Exención del Trámite de Toma de Razón.

10 Art. 37 letras c) y d), de la ley N° 10.336.

11 Art. 17 inciso primero del Decreto con Fuerza de Ley N° 7.912 de 1927.

12 Art. 48 de la ley N° 19.880.

13 Para conocer más en detalle la tramitación que deben seguir los Decretos Supremos, véase por todos "El Acto Administrativo", de Germán Boloña Kelly, segunda edición, Santiago, 2007, pp. 81 y ss.

14 Art. 11 inciso segundo de la ley N° 19.880.

15 Art. 70 letra n) de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA).

16 Lo que se compadece con el mandato legal del artículo 69 de la referida ley, dirigido a la Secretaría de Estado en el sentido de promover "...la integridad de la política ambiental y su regulación normativa", al colaborar con el Presidente.

17 Para un estudio del modelo regulatorio post ley N° 20.417 y de sus características, véase: "Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de Diseño para el Desarrollo Regulatorio", de Paulina Riquelme Pallamar, Paula Medina Fuentes, y Daniela Bustos Peñailillo, en la revista "Actualidad Jurídica", N° 23 de la Universidad del Desarrollo, enero 2011, p. 229 y ss.

18 Art. 3° letra q) del artículo segundo de la ley N° 20.417.

19 Art. 71, inciso tercero. "Serán funciones y atribuciones del Consejo:

f) Pronunciarse sobre los proyectos de ley y actos administrativos que se propongan al Presidente de la República, cualquiera sea el ministerio de origen, que contenga normas de carácter ambiental señaladas en el artículo 70".

ella diga relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado (SNASPE); con la supervisión del manejo de áreas protegidas de propiedad privada; con la supervigilancia de áreas marinas costeras protegidas; con residuos; con suelos contaminados; con la evaluación del riesgo de productos químicos, de organismos genéticamente modificados y otras sustancias que puedan afectar el medio ambiente; o contenga normas de calidad o emisión.

El Ministerio y el Consejo de Ministros a su vez, pueden dirigir consultas a una entidad de composición transversal, pero de carácter predominantemente técnico denominado Consejo Consultivo del MMA²⁰, al que por ley corresponde absolverlas, y "...emitir opiniones sobre los anteproyectos de ley y decretos supremos que fijen normas de calidad ambiental, de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental, planes de prevención y de descontaminación, regulaciones especiales de emisiones y normas de emisión que les sean sometidos a su conocimiento".²¹

El Consejo de Ministros además, puede sugerir al Presidente de la República la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)²² de políticas y planes de carácter normativo general que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que no estén sujetas a este tipo de evaluación por mandato legal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7° bis de la LBGMA. Sin embargo, el reglamento con los plazos y procedimientos para tramitar la EAE no se ha dictado todavía.^{23 24}

Con todo, la LBGMA modificada consigna más etapas, exigencias formales, y de contenido para dictar normas de calidad ambiental; normas de emisión; para declarar zonas saturadas o latentes, y para elaborar Planes de Prevención o Descontaminación. Revisándose a continuación la situación particular de las dos primeras clases de normas, atendida su relevancia en el sistema jurídico ambiental chileno, y su carácter de instrumentos de gestión ambiental de aplicación -en principio-, general.

Como se sabe, las normas de calidad ambiental pueden ser de dos tipos: primarias o secundarias, según su finalidad. Con las normas primarias se pretende proteger los bienes jurídicos vida y salud de la población, mientras que con las secundarias se busca proteger el medio ambiente, conservarlo, o preservar la naturaleza.

Conforme lo dispuesto en la LBGMA, las normas primarias de calidad ambiental²⁵ pueden tener origen en una solicitud que el Ministerio de Salud dirija al MMA. En

20 Consejo Consultivo MMA, en: <http://www.mma.gob.cl/transparencia/mma/consejosconsultivos.html> (30/08/2011)

21 Art. 77 inciso primero. Ley N° 19.300

22 De acuerdo con lo que establece la ley N° 19.300 en su artículo 2° letra i bis), debe entenderse por Evaluación Ambiental Estratégica para todos los efectos legales: "el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales".

23 El Contralor General de la República ha estimado que la falta de reglamento no es óbice para efectuar la EAE, considerando que la LBGMA indica los elementos que aquel deberá contener, y que su falta podría suplirse aplicando la ley N° 19.880. Dictamen N° 78.815, de fecha 28/12/2010.

24 No obstante la dictación del reglamento esté pendiente, el Gobierno de Chile y la Unión Europea desarrollan el proyecto "Apoyo a la Evaluación Ambiental Estratégica en Chile", en el marco del cual se han generado interesantes productos atingentes al instrumento de gestión ambiental, tales como guías, diagnósticos y folletos, disponibles en <http://www.mma.gob.cl/veae/1315/w3-channel.html>. (30/08/2011)

25 "Para todos los efectos legales, se entenderá por Norma Primaria de Calidad Ambiental: aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población". Art. 2°, letra n) de la LBGMA N° 19.300.



ellas se definen "...los niveles que originan situaciones de emergencia",²⁶ se aplican en todo el territorio, y deben estar contenidas en un decreto supremo firmado por los Ministros de las dos Secretarías de Estado mencionadas.

Las normas secundarias de calidad ambiental por su parte,²⁷ también deben estar contenidas en un decreto supremo, pero firmado por el Ministro del Medio Ambiente y "...el ministro competente según la materia de que se trate".²⁸

En lo tocante al procedimiento específico de formación que deben seguir las normas de calidad, la ley se remite en lo que no cubre a un reglamento de dictación pendiente, y que por mandato legal deberá considerar "...a lo menos las siguientes etapas: análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad. Establecerá además los plazos y formalidades que se requieran para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo y los criterios para revisar las normas vigentes".²⁹

Como se puede comprobar, el reglamento pendiente para dictar normas de calidad deberá ser estructurado replicando de algún modo el esquema del Decreto Supremo N° 93 de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, "Reglamento para Dictar Normas de Calidad Ambiental y de Emisión".

Reglamento del que se puede rescatar, por ejemplo, la formación de un expediente del proceso consultable por los interesados; el establecimiento de etapas sucesivas regladas y bien definidas; el análisis de los impactos sociales y económicos que podría tener la normativa elaborada; la posibilidad de intervenir para actores de distintos sectores; la eventual confluencia de disciplinas diversas; la obligación de publicar en el D.O. la resolución que somete a consulta el proyecto de norma; la posibilidad de reclamar de la norma ya publicada (aduciendo vicios de ilegalidad); y la posibilidad para cualquiera de requerir su revisión fundadamente.

Puntos perfectibles del Decreto N° 93 son, entre otros, la falta de un mandato tendiente a evaluar la conveniencia de otras alternativas regulatorias que implique descartarlas una a una, motivadamente, se trate de "instrumentos legales" o de "instrumentos económicos",^{30 31} y tanto en la fase de elaboración de una norma como en la de revisión; su falta de adecuación con las exigencias de publicidad y transparencia que nuestro ordenamiento jurídico prescribe hoy para la información pública; y la no previsión expresa de una etapa de consulta obligatoria en la etapa de revisión de las normas de emisión.³²

26 Art. 32 inciso primero, de la LBGMA.

27 "Para todos los efectos legales, se entenderá por Norma Secundaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza". Art. 2°, letra ñ) de la LBGMA.

28 Idem.

29 Art. 32, inciso segundo, de la LBGMA.

30 Para revisar un listado de instrumentos de ambos tipos, véase "Environmental Regulation", de Michael G. Faure, 1998, pág. 444. Archivo disponible en <http://encyclo.findlaw.com/2300book.pdf>. (30/08/2011)

31 Algunos ejemplos de instrumentos económicos en la LBGMA, en su artículo 47, relativo a los Planes de Prevención y de Descontaminación.

32 Sobre este punto, cabe señalar que la LBGMA, tras ser modificada con la ley N° 20.417, establece en forma expresa la revisión obligatoria de las normas de calidad ambiental, en su artículo 32 inciso 4°.

En cuanto a las normas de emisión,³³ el MMA debe formular la propuesta de dictar la norma y facilitar su dictación siguiendo las etapas antedichas de análisis, desarrollo, consulta, análisis, y publicidad, junto con las demás que contemple "...el respectivo reglamento, en lo que fueren procedentes".³⁴

El Ministerio además, puede acotar el ámbito de aplicación territorial de la norma, "...considerando las condiciones y características ambientales propias de la zona..."³⁵ y una vez que cuenta con el bosquejo concreto de un cuerpo normativo, debe someterlo al conocimiento del Consejo de Ministros, para que una vez que el Presidente conozca su pronunciamiento y lo apruebe, se firme el decreto supremo por el Ministro del Medio Ambiente y el "...Ministro competente según la materia de que se trate..."³⁶ se tome razón del mismo, y se publique en el Diario Oficial (D.O).

III. CONTROL Y REVISIÓN DE REGLAMENTOS AMBIENTALES EN CHILE

Una vez que se dicte el nuevo reglamento para dictar normas de calidad y se impulsen anteproyectos conforme a él, así como una vez que comiencen a elaborarse normas de emisión y Planes de Prevención o Descontaminación siguiendo el procedimiento y las etapas del artículo 32, la ciudadanía contará con la posibilidad de conocerlos en virtud de la etapa de consulta que deberán registrar, además de la posibilidad de conocer el contenido de estos durante las demás etapas en razón de la "adecuada publicidad"³⁷ que se deberá dar a su procedimiento de formación normativa.³⁸

En cuanto a los acuerdos y pronunciamientos que adopte y emita el Consejo de Ministros en el marco de la formación de las normas referidas, y de otras más relacionadas con el medio ambiente, debieran mantenerse a disposición permanente del público en el sitio electrónico de la entidad,³⁹ en virtud de la Transparencia Activa que regula la Ley N° 20.285, su reglamento, y el Consejo para la Transparencia con sus Instrucciones Generales.⁴⁰

Luego, una vez promulgado un cuerpo normativo de los antes mencionados, deberá ser remitido a la Contraloría General de la República para su toma de razón, control de juridicidad con que se busca determinar si el documento se ajusta o no a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella, o si por el contrario debe ser representado.⁴¹

33 Para todos los efectos legales, se entenderá por Normas de Emisión: las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora". Art. 2°, letra o) de la LBGMA.

34 Art. 40 inciso segundo de la LBGMA.

35 Idem.

36 Art. 40 inciso primero de la LBGMA.

37 Art. 32 inciso tercero de la LBGMA.

38 Lo cual es coherente con el sentido de la reciente Ley N° 20.500, "Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública".

39 Ministerio del Medio Ambiente, en: <http://www.mma.gob.cl/1257/w3-article-49186.html> (30/08/2011)

40 La Transparencia Activa se define como: "La obligación que tienen los órganos de la Administración del Estado regulados por este reglamento (de la ley N° 20.285), de mantener a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos y actualizados mensualmente, los antecedentes que se definen en el artículo 51 de este reglamento". Art. 3°, literal i), del Decreto Supremo N° 13 de 2009, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, "Reglamento de la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública".

41 Conviene recordar en este punto que la Contraloría está impedida por ley de pronunciarse sobre el mérito o la conveniencia de las decisiones políticas o administrativas que contenga un acto sujeto a toma de razón. Ley N° 10.336, art. 21 B.



Ciertamente el control de Contraloría es guiado por el legislador en el caso de los reglamentos habilitados: aquellos a que se remite una ley, así como en el caso de reglamentos para cuya dictación deben seguirse etapas obligatorias.

Posteriormente, una vez promulgado y aprobado el control de juridicidad que efectúa la Contraloría, el reglamento se publica en el D.O., y dentro de los 30 días siguientes, cualquiera de las Cámaras, o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio -dependiendo del vicio invocado-, puede requerir el control de constitucionalidad del acto por el Tribunal Constitucional.^{42 43 44}

Ahora bien, frente a decretos supremos con normas de calidad ambiental, normas de emisión, declaración de zonas latentes o saturadas, o Planes de Prevención o Descontaminación, la ley permite a las personas reclamar ante los Tribunales Ambientales en un plazo de 30 días contado desde su publicación o aplicación,⁴⁵ siempre que medie perjuicio y presenten falta de adecuación con la LBGMA.⁴⁶

Nada obstaría que una vez transcurrido el plazo para reclamar ante los Tribunales Ambientales, un legitimado ejercitara la acción de nulidad de derecho público respecto de un reglamento de contenido ilegal, o en cuyo procedimiento de formación no se hubieran observado las etapas que ordena la ley. Para ello, tendría que incoarse un juicio declarativo ante el juzgado ordinario correspondiente, dentro de los plazos que establecen los artículos 2.332 y 2.515 del Código Civil, según el caso.⁴⁷

Por último, y en relación con las normas de calidad ambiental específicamente, cabe recordar que la LBGMA manda someterlas a un proceso de revisión de oficio cada cinco años o menos, proceso que debe efectuar el MMA, y que debe contemplar etapas de análisis, estudios científicos, consultas y análisis, dotadas de una publicidad adecuada.⁴⁸

IV. REGULACIÓN AMBIENTAL COMPARADA

Dentro de la Unión Europea -cuyos Estados miembros poseen altos estándares medioambientales a nivel comparado-, la Comisión Europea impulsa desde el año 2002 una política denominada "Legislar Mejor". Si bien ella se implementa en el plano comunitario, permea los ordenamientos jurídicos nacionales, toda vez que en el caso de las directivas, por ejemplo, ellas deben trasponerse a los ordenamientos de los Estados miembros por la vía de nuevas leyes, a diferencia de lo que sucede con los reglamentos que reciben aplicación directa.

42 Art. 93 N° 16 de la Constitución Política.

43 Sobre el control de la Administración que puede efectuar el Tribunal Constitucional, véase "El Control de Constitucionalidad de los Actos Administrativos Legales, un análisis jurisprudencial y comparado", de Luis Alejandro Silva Irrazábal, primera edición, Santiago, 2009, pp. 153 y ss.

44 Sobre las limitaciones normativas que existen para controlar la constitucionalidad de reglamentos, véase por todos el artículo: "El Control de Constitucionalidad del Reglamento y la Reforma de la Ley N° 20.050", de Carlos Dorn Garrido, publicado en la Revista de Derecho N° 20 del Consejo de Defensa del Estado. Santiago, 2009.

45 En el caso de decretos supremos que contengan regulaciones especiales para casos de emergencia.

46 Art. 50 de la LBGMA.

47 Plazos de prescripción de las acciones dirigidas en contra del Fisco según jurisprudencia de la Corte Suprema. En este sentido, la sentencia recaída en el Recurso de Casación Rol N° 8388 - 2009, de los autos caratulados "Cristián Letelier Aguilar con Ministerio de Obras Públicas y Sociedad Concesionaria Costanera Norte S.A.", dictada por la Corte con fecha 31 de marzo de 2010.

48 Art. 32 inciso 4° de la LBGMA.

El plan “Legislar Mejor” se estructura sobre la base de 5 ejes: análisis de impacto, comunicación y consideración de la opinión de ciudadanos y empresas, reducción de burocracia, simplificación, y estudio de alternativas.⁴⁹ De ellos, cabe ahondar en el análisis de impacto, con el cual se busca identificar las consecuencias que puede acarrear una normativa, sea esta o no ambiental. “Las propuestas pueden así adaptarse a fin de obtener el máximo provecho y minimizar efectos secundarios negativos”,⁵⁰ para ello se examina su impacto económico, social y ambiental, se analizan sus fundamentos, y se pretende asegurar que “...la decisión de presentar iniciativas y el modo de hacerlo se apoyan en pruebas sólidas y un análisis de todas las opciones”.⁵¹

La Comisión lleva a cabo el análisis de impacto con arreglo a una guía de evaluación de impacto que señala un orden lógico, incluye cuestionarios, y conduce al análisis costo - beneficio de las propuestas en diversos ámbitos considerados relevantes.⁵²

Posteriormente, una institución independiente, denominada Comité de Evaluación de Impacto, valida los análisis que efectúa la Comisión y que son acompañados a las propuestas normativas de mayor impacto, lo que dota al proceso de un cariz técnico.

En EE.UU. por su parte, las leyes ambientales que se promulgan suelen dejar un margen de discrecionalidad a la agencia reguladora que se encarga, entre otras cosas, de desarrollarlas, cual es la *Environmental Protection Agency* (EPA).⁵³

No obstante el legislador establezca en ocasiones exigencias y obligaciones para generar las normas reglamentarias, se constataría una discrecionalidad amplia, especialmente, en cuestiones de carácter técnico. Márgenes de libertad que en opinión del profesor de la Universidad de Nueva York, Michael Alan Livermore, se verían acotados con el uso del análisis costo - beneficio, y con la intervención de los tribunales federales cuando una agencia reguladora como la EPA no actúa en materias de su competencia, o lo hace sobrepasando límites fijados en una ley.⁵⁴

V. CONCLUSIONES

La Ley Nº 20.417 introdujo modificaciones a la LBGMA en lo tocante al proceso de elaboración de normas de la especialidad, sean de rango legal o reglamentario.

Con la referida ley nacieron a la vida del Derecho nuevas instituciones, tales como el Ministerio del Medio Ambiente, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, y la Superintendencia del ramo. Entidades todas con funciones que les permiten u obligan según el caso, a intervenir en la formación de normas de contenido medioambiental.

49 Europa, Legislar Mejor, en: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_es.pdf (30/08/2011)

50 Ibid. p. 9.

51 Ibid.

52 European Commission Impact Assessment Guidelines, disponibles en: http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf (30/08/2011)

53 EPA, en: <http://www.epa.gov/> (30/08/2011)

54 Livermore, Michael A., “Análisis Costo Beneficio de las Políticas Medioambientales en Países en Desarrollo”, en la Revista de Humanidades y Ciencias Sociales Estudios Públicos, Nº 117, Santiago, verano de 2010, p. 28.



Como consecuencia de la existencia de los nuevos organismos y de la consecuente distribución legal de competencias, se establecieron procedimientos con algunas etapas novedosas para nuestro sistema, y otras no tanto, según la norma específica que se quiera dictar, estructurándose itinerarios normativos con que se pretende garantizar un piso técnico a los instrumentos regulatorios, y de esa manera revestirlos de un aura de legitimidad.

Con todo, pese a la especificidad que presentan las instituciones, y pese a la cercanía en el tiempo de los cambios, ya es posible constatar deficiencias en el funcionamiento del sistema que pueden afectar el resultado final del procedimiento, a saber, las normas que finalmente se dicten.

Se constata el déficit de Transparencia Activa que exhibe el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, lo cual impide a la ciudadanía ejercer un control efectivo sobre el eslabón de la cadena que representa. La situación descrita dificulta el conocimiento público de los temas que revisa la entidad y de los acuerdos que adopta como órgano colegiado.

Se constata asimismo la falta del reglamento de la EAE, lo que dificulta someter a ella las políticas y planes de carácter normativo general con impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad que prescribe la LBGMA, o que decida el Presidente de la República a proposición del Consejo de Ministros.

Respecto de las normas de calidad ambiental, se constata que el nuevo reglamento para la dictación de ellas tampoco se ha dictado. En la elaboración de este Reglamento se debiera rescatar lo positivo del Decreto Supremo N° 93/1995, y con que se debieran corregir situaciones tales como la actual necesidad de ejercer la Transparencia Pasiva (el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado) para poder acceder al expediente de una norma de calidad ya promulgada.

Por último, queda esperar a que los Tribunales Ambientales comiencen a operar y entonces ver la profundidad de su análisis frente a eventuales reclamaciones que se formulen contra reglamentos ambientales. Observar en definitiva la relación que desarrollen sus jueces especialistas con la conocida -y hasta el momento dominante-, línea jurisprudencial de la "deferencia".

EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

En relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile

Fernando Dougnac Rodríguez*

I. INTRODUCCIÓN

Tal como se afirmó en la Comisión de estudios de la nueva Constitución de 1981, un “derecho” no sirve para el propósito para el cual fue creado si no tiene una acción que lo resguarde. Es decir, es meramente declarativo pero no práctico.¹

En concordancia con lo anterior, y a fin de evitar que las garantías constitucionales fueran sólo enunciados teóricos, el artículo 20 de la Constitución estableció la acción constitucional de protección, la que se hizo extensiva al *derecho a vivir en un medio libre de contaminación*, cuando por una acción u omisión ilegal, es decir cuando voluntaria e ilegalmente, una autoridad o persona determinada viola dicha garantía.

Debe hacerse presente que de la historia fidedigna de la modificación constitucional a este inciso 2º del artículo 20 de la Constitución se desprende que el concepto de “ilegalidad” comprende el de “arbitrariedad”.²

Desafortunadamente, la enorme cantidad de recursos de protección interpuestos desde la vigencia de la norma constitucional hasta ahora, ha hecho que las acciones de protección en materia ambiental, los cuales hasta la dictación del Reglamento del *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*,³ en 1997, eran fuente de una rica jurisprudencia, evolucionaran desde esa fecha a *un mero análisis sobre si el evaluador ambiental se ajustó a las normas legales y reglamentarias en su evaluación*, sin considerar si con ello se afectaba o no la garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución.

La jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema desde esa fecha hasta ahora, salvo honrosas excepciones, se ha limitado a estos análisis de forma, dejando el fondo de lado. Con ello, la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente libre de

* Abogado, Magíster en Derecho Constitucional y profesor de Derecho Ambiental.

1 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión 160o, celebrada en Martes 21 de Octubre de 1975.

2 Ver el artículo del mismo autor denominado “La modificación del inciso 2º del artículo 20 de la Constitución desde una perspectiva de interpretación axiológica”, en “Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario”, actas de las III Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, octubre del 2006, pp. 59-76.

3 El Decreto N° 30 de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fue publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1997.



contaminación sufrió una verdadera “*capitis deminutio maxima*”, pasando, en la práctica, de garantía constitucional a ser un asunto más bien del Derecho Administrativo. Esta situación ha motivado un abandono paulatino de ese remedio constitucional, obligando a los afectados en su derecho constitucional a un medio ambiente sano a buscar nuevas alternativas de solución que obligaran a los jueces a entrar en el análisis de fondo de la garantía afectada.

Para lograr ese propósito recurrieron al expediente de las acciones de nulidad derecho público, fundadas en los artículos 6 y 7 de la Constitución. Lo dicho es sin perjuicio de lo que establecía el inciso 2° del artículo 20 de la Ley N° 19.300, norma hoy derogada por la ley N° 20.417, disposición que se analizará a continuación.

II. LA ACCIÓN DEL INCISO 4° DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY N° 19.300

El inciso 4° del artículo 20 de la Ley N° 19.300, en su última modificación establece que en contra de lo resuelto por el Director Ejecutivo del Sistema de Evaluación Ambiental o del Comité de Ministro del Medio Ambiente en un recurso de reclamación interpuesto ante ellos por la calificación ambiental de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), procederá un nuevo recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental, órgano que hasta la fecha no ha sido creado por ley. El plazo para recurrir ante ese Tribunal será de 30 días hábiles.

Para subsanar lo que pudiere ocurrir durante este “interregno”, es decir entre la derogación de ese artículo y la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales, el artículo décimo de la Ley N° 20.417 que modificó la Ley N° 19.300 estableció que:

“Mientras no entre en funcionamiento el Tribunal Ambiental, las materias contenciosas a las cuales hace referencia la Ley N° 19.300 seguirán siendo de competencia del juez de letras en lo civil que corresponda”.

El juez civil competente que establecían los artículos 20 inciso 2° y 60 de la Ley N° 19.300, derogados pero vigentes para estos afectos, es el del lugar del hecho que cause daño o el del domicilio del afectado, a su elección.

Estimo que el procedimiento seguido ante el juez civil debe ser el procedimiento sumario atendida la necesidad de rapidez que requiere este tipo de asuntos. Queda la duda si las normas sobre el peritaje que establecía el artículo 61 de la Ley N° 19.300, hoy derogado por la Ley N° 20.417, tendrían aplicación en este tipo de juicios, o simplemente se regirían por las disposiciones respectivas del Código de Procedimiento Civil. Lo mismo ocurre respecto de la forma de apreciar la prueba, dado que el artículo 62 de la misma Ley N° 19.300, también derogado, obligaba al juez a apreciarla de acuerdo a las reglas de la sana crítica. A mi modo de ver, desafortunadamente, al haberse derogado esas normas procedimentales y no existir aún normas de reemplazo, se deberían aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario, o el sumario, quedando esta última decisión a juicio del juez competente. En todo caso, el fallo debe ser de acuerdo al mérito del proceso y conforme a derecho estricto, esto es, según la prueba tasada.

La norma en comento casi no tuvo aplicación práctica por la escasa jerarquía del tribunal llamado a decidir un asunto que, en la mayoría de los casos, había sido

resuelto por nada menos que un Comité de Ministros de Estado. Distinta será la situación cuando entre en vigencia la Ley de Tribunales Ambientales dado que este tipo de tribunales serán servidos por jueces que tendrán el rango de Ministros, y en un procedimiento que esperamos sea lo más expedito posible, y sin tantas instancias como ocurre en un juicio ordinario.

Descartada por el momento esa acción, debemos centrarnos en la acción de nulidad de derecho público, para lo cual es necesario, previamente, incursionar por los laberintos del *derecho administrativo* y su relación con el *derecho ambiental*, disciplina distinta pero complementaria en materia de cumplimiento por parte del Estado de velar por la protección del medio ambiente.

III. EL ACTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL⁴

Por la "geografía" adoptada por la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente,⁵ las decisiones ambientales están entregadas a las autoridades administrativas que esa ley señala, con la salvedad recién reseñada, lo que ha permeado la garantía constitucional de muchos componentes del derecho administrativo, lo que obliga, como ya se dijo, a entrar de lleno por sus estrechos vericuetos a fin de lograr un acercamiento entre la norma constitucional y lo decidido por la administración del Estado.

Existen diferentes definiciones respecto de lo que se entiende por "acto administrativo". Estimamos que la que mejor se avienen a su contenido es la que a continuación ensayamos:

"Un ordenamiento racional destinado a hacer efectivo el bien común, impuesto unilateralmente por el órgano del Estado autorizado constitucional y legalmente para ello, efectuado en el ejercicio de su función administrativa, y que produce efectos jurídicos directos".⁶

Para dictar un acto administrativo se requieren algunas cosas previas:

- a) Existencia de un órgano: Persona natural más competencia, a fin de generar situaciones innovativas en el ordenamiento jurídico.
- b) Circunstancias de Hecho: que el legislador haya considerado como necesidades públicas.
- c) Existencia de un procedimiento administrativo.
- d) Investidura regular del órgano.

Todos estos elementos deben existir previamente a la dictación del acto.

De esta forma el acto administrativo debe tener objeto, fin, motivación y formalidad. A continuación analizaremos estos requisitos.

⁴ En materia de lo que es y en que consiste el Acto Administrativo, seguiremos los "Apuntes de Derecho Administrativo", del profesor Ramiro Mendoza, actual Contralor General de la República. Facultad de Derecho. Universidad de Chile", (1996), tratando de "glosarlo" con aportes sobre nuestro tema.

⁵ Publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1994.

⁶ La definición es nuestra, por eso decimos que es un "ensayo de definición".



A. Objeto

Refleja el contenido prestacional del acto. Es el contenido esencial del acto administrativo e indica una orden para realizar prestaciones concretas que pueden ser exigidas tanto para la Administración como para los particulares. El objeto siempre se expresa en el acto administrativo escrito bajo una expresión verbal imperativa.

En el caso de los actos administrativos dictados por los órganos del Estado destinados a proteger el medio ambiente y/o a lograr que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que la Constitución garantiza a todas las personas efectivamente se cumpla, ese debe ser su preciso objeto. De tal forma, si ese acto no cumple con dicho objeto, es un acto administrativo ilegítimo que afecta la garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución.

El cumplimiento o incumplimiento del acto administrativo en cuanto al objeto perseguido así como a su fin, tal como se verá a continuación, es una cuestión de hecho, sujeta a la revisión del órgano jurisdiccional correspondiente, ya sea en virtud de lo establecido en ambos incisos del artículo 20 de la Constitución, o en el inciso 2° del artículo 38 de la misma.

B. Fin

Es lo que se trata de obtener con la dictación de un acto jurídico, que será siempre la satisfacción de una necesidad concreta que se ha configurado como necesidad pública.

El fin siempre está en relación con el fin de la potestad (fin del órgano del que emana el acto), y en último término, el fin es siempre el bien común (fin del Estado de acuerdo al artículo 1° de la Constitución Política).

Tratándose de los instrumentos de gestión ambiental contemplados en la Ley N° 19.300, el fin no es otro que la protección del medio ambiente y del derecho que tienen todas las personas a vivir en un medioambiente sano, garantía constitucional de la mayor envergadura.

Respecto de la evaluación ambiental contemplada en el párrafo 2° de la Ley N° 19.300, la finalidad del acto administrativo de calificación ambiental debe ser la autorización para la realización de los proyectos o actividades enumeradas en el artículo 10 de esa ley, sin que ellos puedan afectar **significativamente** el medio ambiente o el derecho que tienen todas las personas a vivir en un medio ambiente sano, esto es, no contaminado (letra i del artículo 2° de la Ley N° 19.300).

La ley considera que se daña el medio ambiente, si la actividad o proyecto afecta la salud de la población; los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua, aire; recursos y áreas protegidas; humedales y glaciares; o el valor ambiental del territorio, así como su valor paisajístico o turístico; los monumentos y demás sitios de valor antropológico, arqueológico, histórico o pertenecientes al patrimonio cultural; así como la permanencia de las comunidades humanas en su lugar de habitación y trabajo, preservando su modo de vida (art. 11 de la Ley N° 19.300).

La expresión “significativamente” es de capital importancia en estas materias pues no toda afectación del medio ambiente es prohibida por la ley. Sólo lo son aquellas que dañen en forma importante o irremediable los bienes jurídicos ambientales protegidos. En realidad, la expresión en comento usada por la ley no es la más acertada pues pareciera ser que lo que ella quiso indicar es un daño mayor al bien protegido, cuestión que no se aviene del todo al significado de la expresión empleada.

¿Qué significa, entonces, o cual es el alcance de dicha expresión?

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, “*significativamente*” “1. adv. m. De un modo significativo” y “*significativo*” es: 2. adj. Que tiene importancia por representar o significar algo.” Y “*significar*” es: “5. prnl. Hacerse notar o distinguirse por alguna cualidad o circunstancia.”⁷

En otras palabras, el efecto “*significativo*” sobre el medio ambiente que se exige analizar en los Estudios de Impacto Ambiental (letra l del artículo 2º de la Ley Nº 19.300) es, según el citado Diccionario, el que *se nota o distingue*, a lo que se deberá agregar necesariamente para darle algún sentido, “por” sus “*efectos, características o circunstancias*” (inciso 1º del artículo 11 de la ley de Bases del Medio Ambiente) en el medio ambiente. Es el que “*se advierte*” (“notar”) u “*observa*” en la línea de bases, esto es, en el *área de influencia del proyecto o actividad*, ANTES de su ejecución (letra l del artículo 2º de la Ley Nº 19.300).

En consecuencia, el efecto “*significativo*” de que habla el artículo 11 de la Ley Nº 19.300, es aquel que se nota, que se advierte en el área de influencia. Esto es, de acuerdo a la acepción 5ª de “*afectar*”, “*el que menoscaba, perjudica, o influye desfavorablemente*” en la salud de la población, en los recursos naturales renovables, en el modo de vida de grupos humanos, etc., etc. (letras a),b),c),d), e) y f) del artículo 11 de la Ley Nº 19.300).

Al respecto, La I. Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de fecha 21 de septiembre del presente año 2011, recaído en una causa por daño ambiental, concurda con lo precedentemente expresado respecto del concepto de “*daño significativo*” contenido en la Ley Nº 19.300, al decir que entiende este adjetivo en el sentido:

*“... tanto como magnitud no tolerable, como en el sentido de representativo (conferido por el Diccionario, como ya se dijo) para los elementos suelo, agua y flora. Y la otra, que, en la especie, el daño al elemento agua, de una vertiente y de Esteros, el Estero Patagual, el Quetra y el Pilco, se vincula directamente con la salud de las personas, las que empleaban esa agua para el consumo; y al respecto conviene tener presente que en la historia de la Ley 19.300 queda de manifiesto que esta circunstancia siempre se consideró destacadamente relevante dentro del conjunto de daños ambientales”.*⁸

7 Diccionario de la Lengua Española, 22ª Edición.

8 Sentencia citada en el “Informativo” Nº 51 del Diario Constitucional, del período 20/9/2011 - 24/9/2011.



Por tanto y de acuerdo a lo razonado precedentemente, la finalidad del *acto administrativo ambiental* es evitar que el desarrollo de una actividad económica lícita de aquellas enumeradas en el artículo 10 de la ley de Bases del Medio Ambiente pueda dañar con sus *efectos, circunstancias o características*, los bienes jurídicos recién enumerados.

Pero, ¿Qué daño es el prohibido por la ley? Es aquel daño previsto o notorio ("*significativamente*") en el Estudio de Impacto Ambiental y cuyos *efectos adversos* el titular no puede "*minimizar*", es decir, "*reducir lo más posible el tamaño de algo o quitarle importancia*" o "*impedir*", esto es, imposibilitar que se produzcan (letra i del artículo 2º de la Ley N° 19.300).

C. Motivación

Este elemento tiene varios perfiles. Puede que el fin no se exprese en el acto jurídico. Lo más importante es la motivación.

El acto jurídico tiene un supuesto o motivo (necesidad pública o hecho). En una primera aproximación, la motivación no es más que la consideración del hecho o necesidad pública que debe ser satisfecha y que se considera en el acto jurídico. Es el motivo que mueve a la Administración a obrar jurídicamente. No obstante, la motivación es mucho más que eso.

Existen motivaciones de varios tipos: jurídica, fáctica y razonable.

1) Motivación Jurídica

Expresión en el acto jurídico de que se trate *de las consideraciones de derecho pertinentes para la adopción de la decisión administrativa y que se refleja mediante la consagración formal de las fuentes jurídicas de la actuación del órgano*, se expresan en los "VISTOS".

Un acto jurídico no puede carecer de motivación jurídica. Es la fuente de su posibilidad de actuación y la consagración del principio de juridicidad. La jurisprudencia contralora y judicial exige que el acto jurídico siempre contenga motivación jurídica.

2) Motivación Fáctica

Consideración de las *circunstancias de hecho* que constituyen el motivo y que se expresa formalmente en el acto administrativo. En el caso del Sistema de Evaluación Ambiental son los hechos de que da cuenta tanto la Declaración como el Estudio de Impacto Ambiental, tanto en la descripción del proyecto o actividad, como en la Línea de Base.

3) Motivación Razonable

Se refiere a la razonabilidad de la decisión. En materia de evaluación ambiental es fundamental la motivación pues tanto los artículos 15 bis, 16, 18 bis, 19, etc. así como el artículo 29 de la Ley N° 19.300, OBLIGAN al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) a analizar en detalle las Declaraciones o Estudios de Impacto Ambiental y hacerse cargo de las observaciones ciudadanas.

No sólo los hechos son importantes sino también el ítem lógico que lleva a la toma de esa decisión. En materia ambiental, donde la *predictibilidad* del daño es el fundamento de las normas de evaluación ambiental, es vital el análisis que el evaluador efectúa de los riesgos. Éste debe ponderar debidamente los antecedentes aportados por el titular del proyecto o actividad en relación con la finalidad perseguida por la norma, y, además, las objeciones que tanto los servicios públicos como los particulares efectúan a un determinado proyecto o actividad, actores todos que contribuyen al logro del propósito constitucional y legal, que no es otro que la conservación del medio ambiente para que las personas habitantes del país tengan una vida sana y plenamente humana.

La motivación fáctica y la motivación razonable no siempre se expresan en el acto jurídico. Ellas se consignan únicamente cuando el legislador lo exige, específicamente, eso ocurre cuando el legislador exige que la actuación administrativa sea “fundada”, como es el caso de la calificación ambiental (artículo 24 de la Ley N° 19.300).

La Corte Suprema ha establecido que los actos administrativos deben estar apoyados por normas jurídicas legales que les sirvan de fundamento. Así, ha señalado que “la carencia de motivación transforma al acto administrativo, por esa sola circunstancia, en arbitrario y contrario a derecho”.⁹

Igualmente, la Excm. Corte Suprema ha dicho que si falta motivación el único fundamento del acto administrativo sería la voluntad del funcionario y esto es insuficiente para el Estado de derecho. El acto administrativo inmotivado, es arbitrario.¹⁰

De esta manera, el poder administrativo y sus facultades discrecionales deben estar conformes al Estado de derecho, deben corresponder al fin para el cual han sido creados y en todo caso, deben someterse a la Constitución.

A fin de no incurrir en arbitrariedades, la decisión administrativa debe justificarse por los hechos de la cual ella emana.

En materia ambiental, muchas veces las decisiones de la autoridad caen dentro de la órbita de los actos administrativos discrecionales, como ocurre, por ejemplo, respecto de la apreciación de los hechos (línea de base y análisis del proyecto propuesto en un EIA). Otra veces ello no es así, dado que en gran parte, el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental y su posterior otorgamiento de un permiso ambiental, es un acto enteramente reglado, como sucede con el cumplimiento de los requisitos que debe contener un EIA o un DIA, los cuales si no se cumplen, obligan a la autoridad a rechazarlos in límine (artículos 15 bis y 18 bis de la Ley N° 19.300). En los actos administrativos discrecionales es de la mayor trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión final. Se debe expresar en ellos la motivación fáctica (hechos y razonabilidad).

⁹ Citado en “Apuntes de Derecho Administrativo” del profesor Ramiro Mendoza, supra nota 4.

¹⁰ Idem cita anterior.



IV. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Atendido lo expuesto precedentemente, el acto administrativo ambiental puede ser anulado por la autoridad jurisdiccional si este no reúne los requisitos precedentemente indicados.

El artículo 6° de la Constitución establece en su inciso 1° que:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.”

A su vez, el artículo 7° de la Constitución dispone:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura (...) puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

En consecuencia, la administración debe ceñirse estrictamente a estas normas, so pena de incurrir en un vicio de nulidad de derecho público.

Los errores de derecho constituyen, de acuerdo a la doctrina, una violación de ley. Al no existir la debida concordancia entre los hechos autorizados y la naturaleza del derecho que se solicita, esto es la AUTORIZACIÓN AMBIENTAL, el acto administrativo carece de base legal.

Es decir, si se autoriza administrativamente una acción que *no se aviene con la naturaleza del derecho que se esgrime como fundamento o base de la solicitud*, el acto administrativo es nulo por ir más allá de las facultades legales que posee o poseía el funcionario administrativo que emitió las resoluciones acusadas de adolecer del vicio de nulidad de derecho público.

En materia de protección del Estado a las personas para que estas puedan vivir en un medio ambiente sano, así como de la protección del medio ambiente, obligación del Estado y derecho constitucional de las personas a exigirlo, ese debe ser el exclusivo objeto, fin y fundamentación del acto administrativo ambiental.

El error de derecho impide la estricta adecuación al procedimiento establecido por la ley, el cual garantiza la racionalidad mínima del acto y el respeto a las garantías de las personas, debiendo excluirse procedimientos arbitrarios que en definitiva contengan decisiones arbitrarias.

La violación de las normas que regulan la forma y procedimiento del acto administrativo, se encuentra sancionada con la nulidad de derecho público, conforme lo disponen los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

El acto dictado por la autoridad debe ser el resultado de un procedimiento establecido por la ley y debe enmarcarse dentro de la naturaleza jurídica del derecho esgrimido por el solicitante en relación con lo solicitado.

Si lo pedido rebasa el marco que regula el derecho base o sustento de la petición, ella debe rechazarse por cuanto de aceptarse, se produciría, por una parte, una violación de la ley que rige el derecho alegado, y por la otra, una vulneración flagrante de las exigencias y prohibiciones establecidas en los artículos 7° inciso 1°, 19 N° 3 inciso 5°, 61 inciso 2° y 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, en relación con el N° 8 del mismo artículo.

Lo anterior está expresamente reconocido en la Ley N° 19.300, donde, como ya se expresó, los artículos 15 bis y 18 bis permiten desestimar *in limine* un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental si estas no contienen información relevante o esencial para su correcta evaluación.

V. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES APLICABLES

El artículo 1° inciso 4°; y los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución, configuran el contexto en que se sitúa la acción de nulidad de derecho público. Es la propia Constitución la que declara nulo todo acto dictado en su contravención.

De acuerdo a lo señalado por los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República, los órganos del Estado deben someter su acción a lo dispuesto por la Constitución y las leyes, asegurando el pleno respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, concepto, a mi modo de ver, más amplio aún, que el de derechos humanos, atendida la concepción jusnaturalista del constituyente.

En tanto, el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que establece el derecho a la acción en la protección de los derechos de las personas, complementa al inciso 3° del artículo 7° de la Carta Fundamental.

El derecho a la acción se encuentra además resguardado por el artículo 6° de la Constitución que dispone que las autoridades deban someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella. El inciso 2° del artículo 7°, de la Constitución, en relación con su inciso 3°, declara nulos los actos ejecutados fuera de la competencia de la autoridad que los dictó.

De estos artículos se derivan las siguientes conclusiones:

a) Toda conducta de los órganos del Estado queda sometida a la Constitución Política, es decir, todo órgano del Estado y toda acción de ellos se encuentra regida por la Ley Fundamental. Por ello, el comportamiento de las autoridades debe respetar ese texto y las formalidades que ella establece.

b) Los ordenamientos jurídicos distintos o diferentes de la Carta Política y que ésta prevé como la ley, los actos de los tribunales, los actos de control, los actos de la Administración, sean reglamentos, decretos o instrucciones, etc., se hallan en el deber de observar la Carta Política, sometiéndose íntegramente a sus normas.



Además, todos estos órdenes jurídicos también deben ser acatados por los órganos del Estado en su accionar. Por otra parte, según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución los Tratados sobre Derechos Humanos, así como lo establecido en la Convención de Viena sobre todo tipo de tratados, se deben respetar absolutamente siempre que ellos hayan sido válidamente celebrados. En su total acatamiento está en juego la mantención del estado de derecho, la fe pública internacional de Chile, así como Artículo 7° de la Constitución Política.

Dicho precepto (artículo 5°, inciso 2°) dispone que la validez de la actuación de los órganos del Estado requiere la investidura regular de sus integrantes; que ellos actúen dentro de su competencia; y que se respeten las formas legales (“...y en la forma que prescriba la ley”, dice textualmente el artículo en comento). Agrega que nadie podrá atribuirse otra autoridad o derechos, ajenos a los que expresamente la Constitución o las leyes les confieran. Termina diciendo que:

“... el acto que contravenga las disposiciones anteriores es nulo y originará las responsabilidades que la ley señale”.

La doctrina agrega que frente a un acto nulo, el afectado debe resistir su cumplimiento y esa resistencia se ha de traducir en interponer la acción de nulidad que le confiere el ordenamiento constitucional (artículo 7° en relación con el artículo 19 N° 3), u otra acción especial que prevea el ordenamiento.¹¹

A. Artículo 38 Inciso 2° de la Constitución

El artículo 38 inciso 2° de La Constitución dispone que:

“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

Este artículo establece el principio de revisión judicial de los actos de la Administración y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Por su parte, el artículo 73, inciso 2°, de la misma Constitución, ordena la inexcusabilidad de los jueces, cuando son requeridos en forma legal en asuntos de su competencia.

De acuerdo a lo expresado por don Gustavo Fiamma Olivares:¹²

“... en el sistema chileno, en consecuencia, la dictación de un acto administrativo que vulnere los requisitos de validez establecidos por la Constitución, en el artículo 7, no sólo constituye siempre una violación a la legalidad objetiva, sino que, al mismo tiempo constituye también una violación de ese derecho público subjetivo que hemos denominado “derecho a vivir bajo el imperio de la ley.”

¹¹ Fiamma Olivares, Gustavo, “Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva”, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Año 1991 No. 49, p.10.

¹² Idem.

En definitiva, los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República consagran el “Principio de Juridicidad”, definido por don Eduardo Soto Kloss como:

*“... la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”.*¹³

El Constituyente estableció, mediante las disposiciones señaladas (artículos 6 y 7 de la CPR) la llamada regla de oro del derecho público chileno, cual es que **“en Derecho Público sólo se puede hacer lo que está expresamente permitido”**, esto es, la vinculación positiva de los órganos del Estado al Derecho.

B. Ley de Bases de la Administración del Estado

La Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 2 señala que:

“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones o recursos correspondientes”.

En definitiva, esta disposición sanciona el abuso y el exceso de poder por parte de las autoridades administrativas franqueando a los particulares las acciones y recursos correspondientes, ya sean éstas acciones de índole administrativo o acciones de carácter jurisdiccional.

De acuerdo a lo dispuesto en el actual artículo 10 de la misma ley:

“Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiera emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”

Por lo expresado, la acción constitucional de nulidad de Derecho Público está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en el texto constitucional, en su artículo 7° incisos 2° y 3° y se encuentra también consagrada en las “Bases de la Institucionalidad” como una garantía al Estado de derecho. Esto ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia en reiterados fallos, entre los cuales destacaremos la sentencia dictada con fecha 27 de abril de 1998, por la I.C.A. de Santiago en causa “Charme Schulz, Tatiana con Fisco de Chile,¹⁴ La mencionada sentencia en su considerando 8°, establece lo siguiente:

“8° Que el artículo 2° de la Ley N° 18.575, promulgada con bastante antelación a la fecha de emplazamiento en estos autos, declara el derecho “a las acciones y recursos correspondientes” contra los abusos y excesos de la administración,

¹³ Soto Kloss, Eduardo, “Derecho Administrativo”. Bases Fundamentales, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 24.

¹⁴ Gaceta Jurídica, año 1998, Número 214, p.78.



mientras el artículo 9° de la misma legislación, que fija nada menos que las bases generales de la administración del Estado, sienta la impugnabilidad de los actos administrativos, a través de las “acciones jurisdiccionales a que haya lugar”

VI. LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN MATERIA AMBIENTAL Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO AMBIENTAL EN CHILE

El derecho ambiental debe su desarrollo, fundamentalmente, al derecho internacional público ya que ha sido a través de Declaraciones o de Tratados Internacionales que han surgido los actuales fundamentos de este derecho.

El derecho internacional público del medio ambiente al ser recibido por los diversos países por medio de suscripción de instrumentos internacionales, ya sean de *soft law*, en un principio, para luego transformarse en principios “*duros*” a través de tratados internacionales, o de su recepción por el *jus cogens* internacional, se incorporan al *derecho interno* y lentamente se van *fusionando* con los principios que informan a aquel pero sin perder su *identidad propia*. Es un enriquecimiento más que una absorción.

De esta forma a nivel nacional surge un *derecho constitucional ambiental*, un *derecho administrativo ambiental*, un *derecho civil ambiental*, etc. Es decir, hay un *derecho ambiental propiamente tal*, abstracto y que por su naturaleza misma es de carácter internacional, y, luego, un derecho interno permeado por los principios que informa el orden jurídico interno en toda su extensión. Por ello, es imposible tomar decisiones políticas, civiles, laborales, etc. sin tener siempre en la óptica de ellas este derecho abstracto. Podríamos decir que los fundamentos del derecho ambiental propiamente tal se incorporan a lo que llamamos los *principios generales del derecho*.¹⁵

Los principios propios del derecho ambiental hacen que la resolución de los diferentes conflictos sociales se deba basar en *normas distintas pero complementarias* a las disposiciones clásicas del derecho civil de corte romanista, del derecho económico, laboral, etc.

En Chile, en el Mensaje que el 14 de marzo de 1992 el Presidente Aylwin envió al Senado para que se iniciara la discusión de la que con posterioridad fue la ley de Bases del Medio Ambiente (Ley N° 19.300), se indicó cuales eran los principios ambientales que le servían de soporte al proyecto, todos ellos de carácter internacional. A estos con posterioridad la doctrina internacional y nacional ha ido agregando otros.

¹⁵ Entendemos por “principios generales del derecho” aquellos enunciados normativos más generales que, sin perjuicio de no haber sido integrados al ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, se entienden forman parte de él, porque le sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares o recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa. Estimamos que la mención del N° 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, a la “equidad” como fundamento de la decisión del asunto controvertido, comprende también los principios generales del derecho, así como la norma los artículos 22 y 24 del Código Civil sobre la interpretación de la ley. Del mismo modo el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, Holanda, acepta estos principios como fundamento de sus decisiones.

En materia de los *Principios Internacionales del Derecho Ambiental*, según el profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Ghent, Bélgica, Frank Maes, se debe distinguir entre *los principios del derecho internacional público*, *los principios del derecho ambiental, propiamente tal*, y *los principios generales del derecho*, estos últimos aceptados internacionalmente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, Holanda.¹⁶

Dentro de los principios del actual Derecho Internacional Público, tienen especial interés en esta materia, los principios del *jus cogens*, recogido en las Convenciones de Viena sobre el derecho de los Tratados.

Los principales "*Principios Generales del Derecho*", referidos concretamente al *Derecho Ambiental* y que deben aplicarse en Chile como base y complemento de la legislación sobre la materia pueden sintetizarse en los siguientes:

A. El Principio Preventivo

De acuerdo al Mensaje del Ejecutivo antes citado (del año 1992), este principio informa la ley de bases del medio ambiente, sobre todo, en materia de evaluación ambiental y demás instrumentos de gestión ambiental.

Este principio sostiene que es mucho más conveniente anticiparse a los posibles efectos o daños ambientales de un determinado proyecto que, posteriormente, cuando estos ya se han producido, tratar de solucionarlos o arreglarlos.

El principio preventivo, base del *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* y demás instrumentos de gestión ambiental, consiste en *prever*, esto es *anticiparse idealmente o en abstracto*, cuales serían los impactos de un proyecto o actividad en el medio ambiente en que se desarrollará (línea de base), de manera de evitar sus efectos negativos, o de mitigarlos o compensarlos, o, lisa y llanamente, desecharlo.

Para lograr este objetivo, la Ley N° 19.300 pone énfasis en la educación, en el sistema de evaluación ambiental o en los planes preventivos de contaminación, por ejemplo, declarando zonas saturadas antes que lleguen estar plenamente contaminadas, tomando como referencia las normas máximas permitidas de contaminación (por ejemplo, el PM 10).

En el *Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*, el principio preventivo, consiste, tal como ya se dijo, en *prever*, esto es *anticiparse idealmente o en abstracto*, cuales serían los impactos de un proyecto o actividad en el medio ambiente en que se desarrollará (línea de base), de manera de evitar los efectos negativos, o de mitigarlos o compensarlos, o rechazar el proyecto u actividad.

Esa "*prevención*" concluye con los requisitos o condiciones que se le exigen en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) al proponente de un proyecto u actividad para poder llevarlo a cabo.

¹⁶ Maes, Franc, "Los principios de derecho ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el derecho internacional marítimo: Un cambio para los legisladores nacionales". Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VII, 2007, pp. 189-225.



Es una restricción a la garantía del N° 21 del artículo 19, impuesta en virtud de la autorización que le concede al legislador el inciso 2° del N° 8 del mismo artículo para imponer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medioambiente.

Eso sí, que se debe considerar que esas “restricciones”, de acuerdo al N° 26 del mismo artículo 19 de la Constitución, no pueden afectar el derecho en su esencia, ni imponer condiciones o requisitos que IMPIDAN su libre ejercicio. Si es así, sólo cabe impedir su realización, a fin de no caer en una inconstitucionalidad, todo ello en virtud del bien jurídico superior denominado BIEN COMÚN, expresamente aceptado por nuestra Constitución como uno de sus fundamentos esenciales.

Para el profesor Zlata Drnas de Climent, en su trabajo sobre “*Construcción de los principios en materia de medio ambiente en el ámbito universal*”, el principio de prevención tiene el siguiente desarrollo internacional. Cito:¹⁷

“a) Principio de prevención

La práctica de los Estados y los principios generales del derecho han sido la base principal de la construcción de este principio, tal como lo señaláramos al hacer referencia de ciertos fallos jurisprudenciales.. Asimismo, numerosos documentos internacionales adoptados en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), hacen referencia directa o indirecta al principio, consagrando la obligación de los sujetos internacionales de adoptar medidas de prevención a fin de no causar perjuicio a otros Estados o sujetos internacionales. (El autor se refiere exclusivamente a este principio desde la perspectiva del derecho internacional público, pero, mutatis mutandi, lo que expresa tiene también aplicación en el derecho interno de los Estados.)

Una de las labores más prolongadas en materia de responsabilidad de los sujetos internacionales por falta de diligencia debida, la hallamos en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), tanto al ocuparse de la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional, como al hacerlo del Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. En el primero de los trabajos citados, la CDI se ha ocupado de las actividades no prohibidas que implican riesgo de causar daño transfronterizo.

La óptica fue extendida a actividades que no implican riesgo pero que, sin embargo, lo causan. La CDI fue encomendada de continuar con el tema, debiendo centrarse en las “medidas de prevención”. El resaltado nos pertenece.

Uno de los primeros intentos de objetivación de los estándares mínimos de diligencia debida lo hallamos en la sentencia arbitral de Max Huber en el Asunto relativo a los Buques Alabama y Florida (1872). Tal el caso, i.a. de la Declaración de Helsinki sobre Medio Humano (1972); de la Res. de la AG NU 3281 (XXVIII); la Carta Mundial de la Naturaleza (1982); la Convención de Jamaica sobre el

¹⁷ Trabajo publicado en la obra Jornadas de Derecho Internacional, Secretaría General de la OEA, Washington, 2001, pp. 81-92.

Derecho del Mar (1982); la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992)...

.... Y agrega..."

"Si el Estado o (sujeto internacional) no cumple con sus deberes de diligencia debida, el acto se transforma en ilícito internacional, adjudicable al omitente.

Por ello, tal como lo señaláramos en un trabajo anterior, ambos temas deberían haber sido tratados como un paquete único, conjuntamente con el Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados (por ilícito internacional).

Numerosos documentos internacionales del ámbito universal en materia ambiental se ocupan del principio.

En general, atento al estadio de desarrollo del Derecho internacional en materia de "prevención" ambiental, por una parte, y la necesidad de aceptar correr riesgos en aras del desarrollo económico y/o mantener las buenas relaciones internacionales, por otra parte, los Estados se han mostrado reacios a iniciar reclamaciones en el plano del Derecho internacional público en caso de daños ambientales transfronterizos, incluso en situaciones en las que la violación de las obligaciones de prevención ha tenido fuente convencional directa".

Sobre este tema, nosotros agregamos el caso recientemente ocurrido entre Argentina y Uruguay por la construcción de este último Estado de una planta de celulosa sobre el Río de la Plata, recurso compartido por ambos países.¹⁸

B. El Principio Precautorio

En Chile, el Principio de Precaución, es otro de los Principios Internacionales del Medioambiente recogidos en nuestra legislación, por ejemplo, al ratificar la Convención sobre Protección de la Biodiversidad.

Dicho Principio se encuentra enunciado como Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medioambiente (1992), estableciendo que:

"... con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

En consecuencia, la falta de certeza científica absoluta frente a un daño grave e irreversible no debe ser obstáculo para que el Estado adopte medidas eficaces no siendo lícito que se ampare para no hacerlo en los costos que significaría impedir la degradación del medio ambiente.

¹⁸ Corte Internacional de Justicia, Sentencia de fecha 20 de abril de 2010, caso "Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)".



Continuando con el análisis que efectúa el autor Zlata Drnas de Climent, tenemos que dice respecto de este principio, lo siguiente:¹⁹

"b) Principio de precaución

A partir de mediados de la década del '80 comienza a incluirse al "principio de precaución" en instrumentos internacionales en materia ambiental, si bien su definición recién se observa en la década de los '90.

(...) A título sólo ejemplificativo, podemos citar: Declaración de Helsinki sobre Medio Humano (1972), Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), Agenda 21 (1992), Convención de Londres sobre Contaminación del Mar por Hidrocarburos (1954) sustituida por la Convención de Londres sobre la Prevención contra la Contaminación por Buques (1973), Convenio de Londres sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias (1972), Convenio de Bruselas Relativo a la Intervención en Alta Mar en Caso de Accidentes que Causen una Contaminación por Hidrocarburos (1969), Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1982), Convenio de Londres sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos (1990), Convención sobre Cambio Climático (1992), Convención sobre Biodiversidad (1992), Convención sobre la Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación (1994).

Continúa más adelante, "(...)- (el) documento internacional que más ha avanzado en la configuración de la obligación de cautela a nivel universal, lo constituye el Protocolo de Montreal sobre Bioseguridad (2000), adoptado en el marco de la citada Convención sobre Biodiversidad.

Tal como lo señaláramos en un trabajo anterior, los Estados Partes en la Convención sobre Biodiversidad, tras cinco años de difíciles negociaciones, lograron adoptar el Protocolo, primer acuerdo internacional destinado a regular el movimiento transfronterizo de los organismos manipulados genéticamente. Uno de los puntos más conflictivos del entendimiento fue la incorporación del "principio de precaución".
(...)

El Protocolo adoptado da tratamiento diferenciado a los transgénicos destinados a liberación directa al ambiente de los bienes destinados a consumo.

Para el primero de los casos, (liberación directa al ambiente) las exigencias son mayores, ya que el país exportador debe dar aviso previo al país importador de su intención de enviar un cargamento de transgénicos, proveyendo información sobre el producto. El país importador puede negarse a la importación. Más aún, el ingreso del producto sólo puede concretarse con la autorización explícita del importador.

¹⁹ Supra, nota 15.

En el segundo de los casos, (los bienes destinados a consumo) el régimen es menos estricto, bastando avisar de la exportación a través del Sistema de Información, vía Internet del mismo Protocolo e identificando al producto con un lacónico “puede contener transgénicos”. No obstante, se acordó establecer normas específicas de etiquetado para estos productos en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Protocolo.”

C. Principio Contaminador - Pagador (El Que Contamina, Paga)

Este principio pertenece al género de los principios de responsabilidad del que causa o puede causar el daño, evitándolo, o producido, reparando el medio ambiente y/o indemnizando a los directamente afectados.

Sostiene que las externalidades negativas de una determinada actividad *no pueden ni deben ser traspasadas a la sociedad* sino que deben ser absorbidas por el que ha producido o puede producir la contaminación, ya sea a través de la compensación o de la mitigación de los daños eventuales que produzca.

Del mismo modo se establecen sanciones pecuniarias a quienes contaminen. Estas últimas adquieren una fuerza inmensa en la modificación de este año efectuada a la ley de bases del medio ambiente dado que al crearse la *Superintendencia del Medio Ambiente* se la dota de la facultad de cursar multas millonarias, apelables ante los tribunales ambientales.

D. Principio de la Participación Ciudadana

Este principio sostiene que para lograr una adecuada protección del medio ambiente se requiere la concurrencia y el parecer de todos los afectados, aún cuando, con diferentes grados de coercibilidad. Por ello se crean, vgr., los Consejos Consultivos Regionales, el Consejo Consultivo Nacional y la participación de los *directamente afectados* y de las *organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica en el sistema de evaluación de impacto ambiental* mediante las observaciones que pueden efectuar a los proyectos que se pretende llevar a cabo, observaciones que deben ser debidamente ponderadas por la autoridad ambiental.

E. Principio de la Eficiencia y Gradualismo

Los recursos que se destinen al cuidado del medio ambiente deben ser de tal eficacia que se traduzcan en el *menor costo social posible*. Para ello se requiere que los *programas de descontaminación* contengan y exhiban los costos que ellos conllevan a fin de poder determinar si se justifican o no. Algunos sostienen que su implementación debe ser paulatina, opinión que no compartimos por los enormes impactos que determinadas conductas producen en la vida misma de las personas, ya sea en su salud, bienestar, posibilidad de realizar sus actividades sociales, económicas, recreativas, etc. En otras palabras, por su posible afectación a otras garantías constitucionales o, lisa y llanamente, a los derechos humanos que la comunidad internacional ha reconocido como tales.

F. Principio Del Desarrollo Sustentable

Para poder hablar de desarrollo propiamente tal se deben conjugar tres factores de



igual valor: el *desarrollo económico*; la *equidad social*; y la *protección del medio ambiente*. Se lo representa como un triángulo equilátero, donde cada uno de sus lados debe ser igual a los otros.

Cuando alguien dice que "*le gustan los árboles pero que prefiere al ser humano*" transforma el triángulo equilátero en escaleno, haciendo primar uno de los principios del *desarrollo sustentable* sobre los otros, destruyendo de esta manera su esencia. Aunque sea laborioso y más lento de lo deseable, sólo puede existir un verdadero desarrollo humano si todos sus principios avanzan armónica y conjuntamente.

A lo anterior, se debe agregar que muchas veces los efectos directos de la autorización de una determinada actividad o proyecto recaen directamente sobre un pequeño grupo de la sociedad, aledaño a ese emprendimiento, con lo cual, se les sacrifica en aras de una errónea apreciación del *bien común*.

Debe recordarse que una efectiva búsqueda del bien común requiere tener presente que éste sólo existe si permite que *todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional*, su mayor realización espiritual y material, *posible* (inciso 4º del artículo 1º de la Constitución).

La posibilidad de esta realización no sólo está referida a las posibilidades económicas, sino que a TODAS las posibilidades u opciones legítimas de desarrollo que las personas elijan. De ahí que sea una decisión ilegítima la basada sólo en esas consideraciones económicas, si esa decisión afecta gravemente otras posibilidades de desarrollo de las personas.

G. Principio del Efecto Sinérgico

Una de las cuestiones que a menudo se vulneran en los procesos de evaluación ambiental, y por ende, el acto administrativo que concede la autorización ambiental, es el principio del *efecto sinérgico* que cada una de las partes o componentes de un proyecto ejerce sobre las otras, potencializando sus efectos sobre el medio ambiente.

La consideración de estos efectos sinérgicos se burla a través de la *fragmentación* de los proyectos.

El Estudio de Impacto Ambiental de un proyecto (en adelante EIA) DEBE considerar todas sus partes o componentes para poder ser ingresado válidamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por cuanto los impactos adversos que éste puede provocar en el Medio Ambiente, y que por mandato legal deben ser evaluados por los organismos competentes, variarán sustantivamente en caso de presentarse un proyecto incompleto o fraccionado.

Al presentar un proyecto fraccionado, se omiten las reales consecuencias que éste puede tener en el Medio Ambiente.

Desde muy larga data ese ha sido el sentido que la jurisprudencia internacional le ha dado al problema. En nuestro país, la CONAMA desde sus inicios también abordó el tema. Así, ya en enero de 1994, la Comisión Nacional del Medio Ambiente, antecesora legal del SEA, publicó el "MANUAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO

AMBIENTAL. Conceptos y antecedentes básicos”, donde en su página 1-6 N° 5 se lee:

“La evaluación debe realizarse sobre la base de la globalidad de la actividad propuesta, por lo tanto debe ser única y no puede ser llevada a cabo por aspectos, partes o territorios. Esto permite considerar efectos sinérgicos que pueden aparecer por la interacción entre las partes y que quedan ocultos al considerarlos independientemente.” (Lo destacado es del texto)

Esa misma Comisión Nacional del Medio Ambiente, había publicado también en octubre de 1993 una obra denominada “PRINCIPIOS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL”, en cuya página 14-3 define lo que se debe entender por “IMPACTOS ACUMULATIVOS”. Allí se dice:

“Impactos acumulativos”.- Los impactos acumulativos son aquellos impactos ambientales que resultan del impacto incremental de la acción propuesta en un recurso común cuando se añade a otros impactos de acciones pasadas, presentes y razonablemente previstas en el futuro. Los impactos ambientales acumulativos pueden ocurrir debido a efectos colectivos de acciones menores individuales a través de un período de tiempo”

A su vez, en las páginas 5-9 abunda sobre este tema sosteniendo:

“Entre las circunstancias que generan impactos acumulativos podrían incluirse: impactos en la calidad del aire que resulten de la suma de emisiones industriales o comerciales que operen en una misma región geográfica.”

Más adelante agrega (páginas 5-10):

“Un sistema en el cual un impacto tiene mayor efecto que el incremento anterior se denomina no lineal. Podría ser importante factorar este aspecto no lineal en un Estudio de Impacto Ambiental porque al asumir la linealidad se subestimaría el impacto acumulativo real de la acción. Igualmente, los impactos acumulativos podrían subestimarse cuando varios efectos actúen sinérgicamente, o sea, cuando la suma compuesta de los efectos fuese mayor que una suma simple.” (Lo destacado es nuestro)

Las empresas al pretender presentar dos EIA diferentes sobre partes o aspectos de un mismo proyecto, partes o aspectos absolutamente complementarios, indispensables e interdependientes uno del otro (como son, por ejemplo, los embalses, las centrales hidroeléctricas construcciones, maquinaria, etc., y el futuro EIA sobre las especiales líneas de transmisión), el proponente pretende confundir dos situaciones distintas regladas por la Ley N° 19.300.

En efecto, el artículo 10° de la ley en comento dispone cuales son las actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases, y que, por lo tanto deben someterse a la evaluación ambiental.

Lo que no dice la norma es que SIEMPRE deban evaluarse por separado.

Un claro ejemplo de ello y muy atinente al caso a resolver, lo constituyen las letras



a) y c) del ya citado artículo 10. La letra a) preceptúa que deben ser evaluados “... los embalses o tranques ... que deben someterse a la autorización del artículo 294 del Código de Aguas...” esto es, los superiores a una altura de cinco metros o de una capacidad superior a cincuenta mil metros cúbicos. A su vez, la letra c) dispone que igualmente deben ser evaluadas las centrales generadoras de energía, como las hidroeléctricas, de una capacidad mayor a 3 mega watts.

Pues bien, de ser cierta la hipótesis de los que pretenden fragmentar sus proyectos, ellos deberían presentar varios EIA, si las diferentes partes de él se componen de elementos descritos en distintas letras del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

Claramente ello no es así, pues si todas las actividades enunciadas en el artículo 10 de la ley de Bases del Medio Ambiente pertenecen a un ÚNICO proyecto, todas ellas deben ser evaluadas en un solo acto a fin de evitar que se enmascaren los potenciales efectos sinérgicos.

Sólo si cada una de las fases o partes de ese mismo proyecto se bastaren así mismos, es decir, si tuvieran como ÚNICO FIN desarrollar en forma separada esas acciones o proyectos, ciertamente deberían ser evaluadas individualmente.

Cuando un proyecto se presenta de manera fraccionada, impide esta visión preventiva del sistema, pues no considera los efectos negativos que la suma de sus factores implica para el medio ambiente (efecto sinérgico), impidiendo su real dimensionamiento ambiental y evitando que se le puedan imponer condiciones que los eviten, mitiguen o compensen, o, lisa y llanamente, su rechazo por ser los impactos ambientales de tal magnitud que sean irremediables y/o cuantiosos, o que afecten radicalmente a otras actividades lícitas productivas.

Debe tenerse presente que lo que el artículo 8 de la ley N° 19.300 ordena evaluar son, exclusivamente, los proyectos que señala el artículo 10 de esa misma ley, sin hacer diferencias o distinciones en que partes o porciones de él puedan ser ejecutadas por diversas personas.

Al ser así, todas ellas deben concurrir a la suscripción del único EIA que abarque la totalidad de las actividades que correspondan a las categorías que enuncia el citado artículo 10.

Para la ley, desde el punto de vista de la evaluación ambiental, le es indiferente que los titulares del proyecto sean distintas personas naturales o jurídicas; lo que se evalúa es EL PROYECTO.

Lo importante para ella es que se trate de un mismo proyecto cuyos efectos ambientales puedan influir unos sobre los otros, produciendo una incidencia mayor que el efecto suma de las incidencias individualmente contempladas aisladamente. A fin de recalcar la proscripción de la indeseable conducta antes indicada (*tal como lo había expresado la autoridad desde sus inicios*), la Ley N° 20.417, que reformó la Ley N° 19.300 y que como tal rige *in actum*, es decir, está actualmente vigente, ha reiterado expresamente la prohibición de fraccionar los proyectos.

El artículo 11 bis de la Ley N° 19.300 preceptúa que:

“Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.”

Esta norma está relacionada con la letra h bis) de su artículo 2° de la misma Ley N° 19.300, la cual trata de los efectos sinérgicos que se pueden producir entre los diferentes componentes de un proyecto, razón por la cual, se prohíbe al proponente “fraccionar sus proyectos” con el fin de *variar* el instrumento de evaluación, o eludir el ingreso conjunto de partes o componentes de un mismo proyecto al “Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.

En efecto, “Fraccionar” de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, es: “Dividir algo en partes o fracciones.” “Parte” en cambio, “es la porción indeterminada de un todo.”

“Todo” significa “dicho de una cosa, que se toma o se comprende enteramente en la entidad o en el número.” A su vez, “Variar” es en su 3ª acepción: “dicho de una cosa, cambiar de forma, propiedad o estado”.

En consecuencia, se *varía* el instrumento de evaluación ambiental, cuando debiendo ser uno el EIA, se cambia su forma de presentación al Sistema de Evaluación Ambiental, fragmentándolo o dividiéndolo en dos o más, entre otras cosas y como ya se dijo, con el fin de ocultar los efectos sinérgicos que generan sus partes o componentes, lo que deriva en el ocultamiento de sus efectos no lineales o mayores que la suma de ellos individualmente considerados.

A mayor abundamiento, la Ley N° 20.417, en su artículo 2 letra h bis), agrega a la Ley N° 19.300 entre sus definiciones legales, de modo de hacer aún más fácil la aplicación del principio precitado, la definición de lo que se entiende por “Efecto Sinérgico”. Al respecto señala que es:

“... aquel que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente.”

La reforma legal precitada, sin embargo, no es una innovación dentro de nuestro sistema, sino que el reconocimiento de su esencial existencia dentro del Sistema de Evaluación Ambiental. Ella, sólo viene en hacer patente obligaciones que los titulares de proyectos ya tenían desde la dictación de la Ley N° 19.300 y que, como hemos dicho, fluyen de los principios nacionales e internacionales que informan la esa norma legal.

Ahora bien, los principios precedentemente enunciados, tienen directa correlación con las normas e interpretación pacífica y armónica de la Ley N° 19.300, aún en su estado previo a la reforma efectuada por la Ley N° 20.417.

Se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que desde sus inicios ya se encontraba proscrita la posibilidad de realizar el fraccionamiento de los proyectos. En efecto,



fluye de lo dispuesto en las letras i), j), k), l) y ll) del artículo 2º que define los conceptos de *Estudio de Impacto Ambiental*, *Evaluación de Impacto Ambiental*, *Impacto Ambiental*, *Línea de Base* y *de Medio Ambiente*, así como de los literales b), c) y d) del artículo 12 de la misma ley.

De especial importancia es la definición de *Estudio de Impacto Ambiental*, del artículo 12 de la ley de Bases del Medio Ambiente donde se exige al proponente "... una descripción pormenorizada" de las características y efectos de un proyecto y la predicción y evaluación del "impacto ambiental" del proyecto, esto es, "la alteración del medio ambiente provocada directa o indirectamente por el proyecto o actividad en un área determinada." (letra k) del art. 2º). Los mismos elementos son descritos nuevamente como requisitos del Estudio de Impacto Ambiental, en el artículo 12 y en especial en sus literales b), c) y d).

H. Principio de Acceso a la Información

No puede haber una participación ciudadana real si ella no está informada. Por lo tanto, la posibilidad de acceder a una información real es fundamental para el buen desarrollo del sistema. La Convención de Aarhus²⁰ que la han suscrito casi todos los miembros de la OECD es un buen ejemplo de ello.

I. Principio de Solidaridad Internacional

Los problemas ambientales normalmente requieren un tratamiento internacional, dado que nuestro planeta es uno solo y ellos repercuten en todo su ecosistema. Por tanto a su solución deben concurrir todas las naciones en forma solidaria. No obstante, los países que más han contaminado deben concurrir con mayores aportes. Esto es lo que se llama la *responsabilidad común pero diferenciada*.

J. Principio de la Soberanía de los Recursos Naturales y la Obligación de no Dañar a los Demás

Los países son soberanos para explotar los recursos naturales que se encuentren dentro de sus límites jurisdiccionales, pero no pueden dañar en esta explotación o con cualquier otra actividad el medio ambiente de sus vecinos o de la comunidad internacional, en general.

Este principio también tiene aplicación en el antes mencionado principio de prevención.

Sobre este particular es necesario hacer una precisión. Si bien es cierto en la terminología internacional se habla de las responsabilidades de los Estados, en el plano interno, específicamente en el chileno, el medio ambiente no es propiedad del Estado, este pertenece a todos sus habitantes, es un bien común o bien nacional de uso público, por lo tanto, las decisiones que se tomen al respecto no pueden ser consideradas sólo como decisiones soberanas del Estado, sino que *deben ser*

²⁰ Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales de la UNECE (Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa), conocida normalmente como el Convenio de Aarhus, fue firmada el 25 de junio de 1998 en la ciudad danesa de Aarhus. Entró en vigor el 30 de octubre de 2001.

informadas y consensuadas con los afectados por las consecuencias que ellas traen aparejadas en su calidad de vida misma.

K. Principio del Patrimonio Común de la Humanidad

Las zonas declaradas patrimonio de la humanidad deben ser administradas en común por todas las naciones. Pone fin en las regiones consideradas *res nullius*, como, por ejemplo, los fondos marítimos de la alta mar.

VII. DAÑO AMBIENTAL Y DAÑO A LOS PARTICULARES

Según el argentino don María José García Castro, en cuanto al daño ambiental, hay que efectuar una distinción fundamental. Existen dos tipos de daño ambiental claramente diferenciables. Uno, es el *Daño Ambiental Civil*, entendido como aquel que recae sobre un elemento del ambiente y que a su vez se traduce en un daño sobre una persona o sus bienes. El otro, es el *Daño Ambiental de Incidencia Colectiva*, que es aquel que recae sobre un elemento del ambiente, independientemente de que este se traduzca en un daño sobre la persona o sus bienes.²¹

En nuestro país, esa diferenciación es también aplicable dado que nuestra legislación denomina en el artículo 52 de la Ley N° 19.300 "*acción indemnizatoria ordinaria*" a lo que ese autor llama "*daño civil ambiental*", y "*daño ambiental*" al que él señala como "*daño ambiental de incidencia colectiva*".

Nuestra jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema ha reconocido la existencia de los "*intereses difusos*", declarando que cualquier habitante del país está habilitado para interponer un recurso de protección en defensa del medio ambiente, aunque no sea el "*directamente afectado*" como lo señala el inciso primero del artículo 52 en comentario.²² En consecuencia, en Chile, existe diferencia notable en cuanto al "*standing*" o legitimación procesal activa o capacidad de accionar en materia ambiental, entre las acciones constitucionales y las acciones civiles, ya sean basadas en la Ley N° 19.300 o en el Código Civil.

Al respecto debe considerarse que el artículo 1° de la Ley N° 19.300, en su parte final, deja subsistentes: "... *lo que otras normas legales establezcan sobre la materia*", dentro de las cuales se encuentra el artículo 2333 del Código Civil que concede "*acción popular*" en los casos de daño contingente, esto es que "que puede suceder o no suceder" y "...*que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas...*".

Y como de acuerdo al N° 8 del artículo 19 de la Constitución TODAS las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a exigir del Estado que tutele la preservación de la naturaleza, todas ellas poseen el derecho a

21 María José García Castro. Requerimiento De Los Principios De Prevención Y Precaución Ambiental: Seguro Ambiental Obligatorio (08/03/2010), Estudiante de 6to año de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Ex ayudante alumna en investigación de proyecto radicado en el CIJS. Ex Investigadora asistente de proyecto radicado en el CIJS y subsidiado por Secyt. Ayudante alumna de la Cátedra de Derecho Privado II de la UNC (2009).

22 Así lo declaró en sentencia de abril del año 1997 en el denominado "Caso Trillium" (Girardi con Corema, apelación de la sentencia de la I. Corte de Punta Arenas que había rechazado el Recurso de Protección) interpuesto por los actores debido a que no eran los "directamente afectados).



impedir que ese daño contingente o eventual se produzca, y por lo tanto, pueden ejercer la *acción popular*.

Lo anterior, es sin perjuicio de que corresponderle exclusivamente, una vez producido el daño, la *acción de reparación ambiental*, a los directamente afectados, a las municipalidades por hechos acaecidos dentro de sus respectivas comunas y al Estado a través del Consejo de Defensa del Estado (artículo 54 de la Ley N° 19.300).

A mi modo de ver, esa norma es inconstitucional pues pugna con lo dispuesto en el N° 8 del artículo 19 de la Constitución ya citado, al *limitar el ejercicio de la acción de reparación ambiental* a las personas o entidades ya señaladas, excluyendo de ella al resto de la ciudadanía, personas que también poseen un claro interés en la restauración del medio ambiente.

Igual reparo me merece el artículo 55 de la ley ambiental en comento, pues establece una *eximente de responsabilidad ambiental* respecto de personas que habiendo causado un daño ambiental, esto es impidiendo o restringiendo el derecho constitucional a la preservación del medio ambiente, demuestren estar cumpliendo íntegra y cabalmente las obligaciones establecidas en los planes de prevención o descontaminación, o a regulaciones especiales para situaciones de emergencia.

Ello constituye una discriminación en contra del resto de la ciudadanía respecto de la obligación constitucional que recae sobre todas las personas de cuidar o proteger el medio ambiente (N° 8 del artículo 19), con el agravante que si los perjudicados con el daño ambiental lo son en su *actividad económica*, igualmente se infringe el N° 22 del artículo 19 de la Constitución al establecer una *discriminación legal arbitraria* en beneficio de cierto tipo de agentes ambientalmente dañosos, al mismo tiempo que atenta contra la igualdad ante la ley que la Carta Fundamental asegura a todas las personas (N° 2 del artículo 19 de la Constitución).

En materia de prescripción de la acción civil, en sentencia del año 2007, nuestro máximo tribunal en el caso por contaminación por plomo y arsénico, entre otros metales pesados y tóxicos, a las personas y bienes ubicados en Arica, hizo aplicable el plazo de prescripción del artículo 63 de la ley N° 19.300 a las acciones civiles basadas en el daño ambiental, la cual es de cinco años y se cuenta desde que el daño se hizo "evidente", y no la prescripción de cuatro años que establece el artículo 2332 del Código Civil, plazo que, además, se contabiliza "... desde la *perpetración del acto*".²³

Esta sentencia está en consonancia, en parte, con lo afirmado la Comisión de Derecho Internacional quien ha expresado:

"211. Se manifestó la opinión de que la pérdida (daño) se distribuyera entre los diferentes interesados, incluido tanto el exportador como aquellos que autorizaron o gestionaron la actividad o se beneficiaron de ella. Un Estado que actuara como exportador también sería responsable en tal calidad. En el caso excepcional en que no pudiera identificarse al exportador, o que éste no pudiera efectuar el pago en

²³ Sentencia de reemplazo de la Excmra. Corte Suprema, año 2007, causa Rol 3174/2005.

su totalidad o fuera insolvente, se sugirió que el Estado de origen podría asumir la responsabilidad (liability) subsidiaria. En consecuencia, el Estado interesado debería hacer obligatorio el seguro o tener derecho a recibir la notificación del riesgo y a pedir que se asegurara esa actividad (...).²⁴

Debe tenerse presente que de acuerdo a lo establecido en el inciso 2º del artículo 38 de la Constitución, cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, puede reclamar ante los tribunales que señale la ley en contra de ellos. Una norma similar contiene la Ley Orgánica Constitucional Sobre Bases Generales de la Administración del Estado (D.F.L. Núm. 1/19.653, de 13 de diciembre de 2000 que fijó el texto de la ley N° 19.575) en sus artículos 4º y 42.

De acuerdo a lo dispuesto en la letra s) del artículo 2º de la Ley N° 19.300, se entiende por "*Reparación*" del medio ambiente:

"La acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas"

Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española, aplicable en la especie dado que la ley no ha definido lo que se entiende por "*propiedades básicas*", y por lo tanto debemos estar a su significado natural u obvio (artículo 20 del Código Civil), define:

"Similar": "1. adj. Que tiene semejanza o analogía con algo"

"Propiedad": "3. f. Atributo o cualidad esencial de alguien o algo"

"Cualidad": "1. f. Cada uno de los caracteres, naturales o adquiridos, que distinguen a las personas, a los seres vivos en general o a las cosas"

Y *"Básico"*: "1. adj. Perteneciente o relativo a la base o bases sobre que se sustenta algo, fundamental.

Finalmente, "*fundamental*" (de "*fundamento*") es: "3. m. Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo."

En fin, de las definiciones señaladas se desprende que la *reparación del medio ambiente* que exige nuestra ley, es aquella que permite recuperar las cualidades naturales esenciales que distinguían al medio ambiente afectado por el daño, esto es, restablecer las propiedades sobre las cuales éste se sustentaba. Si ello no fuere posible, dotarlo de características semejantes o *parecidas* a las que tenía, que es lo que la norma legal pretende asegurar.

El problema radica en aquellos casos en que producto del daño al medio ambiente, ello no es posible, esto es, no es factible reparar los componentes del medio ambiente, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de extinción de una especie "*única*" (letra b) del artículo 2º de la Ley N° 19.300).

²⁴ Opinión transcrita en el artículo señalado en la nota 2, por don María José García Castro. CDI. Reports. Responsabilidad Internacional por las Consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional, disponible en: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/2003report.htm> (30/08/2011)



En estas situaciones, estimo que se deben aplicar las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 2314 del Código Civil), modificada por las disposiciones de la Ley N° 19.300 en materia de prescripción, y obligar al causante a pagar al Estado, como representante de la Nación, una indemnización pecuniaria compensatoria, aún cuando, esa no sea la finalidad primordial de la norma.

VIII. CONCLUSIÓN

El decaimiento o la pérdida de importancia que ha tenido la jurisprudencia nacional respecto de las causas ambientales planteadas a través de los recursos de protección, fallos que a nuestro juicio demuestran muchas veces un cierto desapego de la magistratura por la protección del medio ambiente, centrándose fundamentalmente más en la parte procedimental de las resoluciones de calificación ambiental que en los efectos de ella, ha obligado a los defensores del medio ambiente a buscar nuevos caminos. Uno de ellos ha sido la acción de nulidad de derecho público, camino que si bien es bastante más lento e inadecuado para problemas que necesitan pronta resolución, por lo menos exigen un análisis más detallados de ellos y una necesaria remisión a la Constitución y a los principios que informan el derecho ambiental, principios bastante distantes de los tradicionales que componen el derecho civil chileno, tal como se ha tratado de explicar en este trabajo.

Esperamos que los nuevos tribunales ambientales consagrados en la última modificación a la Ley N° 19.300 faciliten el logro de los objetivos que el constituyente tuvo en vista al consagrar la garantía del N° 8 del artículo 19 de la Constitución.

APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS AMBIENTALES

Felipe Molina Saavedra*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto demostrar la conveniencia de que la magistratura decrete medidas cautelares atípicas o innominadas en los procedimientos iniciados mediante la interposición de acciones “verdes” o de reparación ambiental, en tanto no haya sido dictada sentencia definitiva que ponga fin al conflicto ambiental cuyo conocimiento ha sido entregado a los tribunales competentes. Para estos efectos se analizarán diversas vías procesales utilizadas en esta materia, concluyendo con un breve análisis de las medidas cautelares atípicas contempladas en el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales.

Desde el punto de vista de la eficacia que debe otorgar todo proceso jurisdiccional, las medidas cautelares innominadas son la única herramienta procesal adecuada tanto para impedir que se siga produciendo el daño como para evitar una situación que impida el cumplimiento efectivo de una sentencia que ordene la reparación en naturaleza.

El decretar estas medidas se justifica en razón de las perniciosas consecuencias que poseen los daños ambientales, de múltiples características y efectos, pues –como se verá en el desarrollo de esta investigación– pueden afectar a un número amplio e indeterminado de personas, y por lo general de forma imperceptible o acumulativa en el tiempo, de modo tal que el daño producido será en la mayoría de los casos irreversible, haciendo imperante detener el hecho dañoso cuanto antes, sin necesidad de esperar el desarrollo completo del juicio. Para este estudio hemos recurrido fundamentalmente a fuentes doctrinarias y legales, debido principalmente a que el tratamiento jurisdiccional de las medidas cautelares innominadas en materia ambiental ha sido escaso.

II. LA GÉNESIS DE LA PREOCUPACIÓN MEDIO AMBIENTAL

La protección del medio ambiente constituye una preocupación fundamental de la sociedad actual, siendo su principal objetivo, asegurar la continuación de las futuras generaciones en el planeta, a través de la evitación de daños y deterioros del ambiente tal como se han venido produciendo a lo largo de la historia de la humanidad.

* Egresado de Derecho, Universidad Austral de Chile.



El surgimiento de estos intereses resulta lógico puesto que el acelerado desarrollo económico y demográfico no afecta ya a un individuo particular, sino a las comunidades, debido a violaciones y conflictos masivos, como son las afecciones que alteran y degradan irreversiblemente el medio ambiente.¹

Los problemas más graves que ha traído el desarrollo y que han afectado sobre todo al continente americano, y por ello, no son ajenos a nuestro país, son la ausencia –en términos generales– tanto de planificación en el uso de los recursos naturales, como de tecnologías y políticas apropiadas que garanticen la preservación de los ecosistemas terrestres. Todo lo anterior se ha traducido en la pérdida de diversidad biológica y degradación de los suelos; reducción de las posibilidades de obtener agua dulce; cambios en los cauces de los ríos; disminución de la calidad de las aguas por contaminación y sedimentación; deforestación debido a los constantes cambios en el uso del suelo para actividades agropecuarias; sobreexplotación de los ecosistemas marinos; grave contaminación atmosférica que se ha transformado en un problema de salud pública; lo que sumado a un proceso descontrolado de urbanización constituyen un panorama preocupante en materia medio ambiental.²

En efecto, el profesor Raúl Brañes, ha sostenido que la Conferencia de Estocolmo, fue la primera reacción en un plano mundial en contra del deterioro ambiental, pues tuvo el extraordinario mérito de poner los temas ambientales en la agenda mundial y, de esta manera, en la agenda de todos los países de nuestra región.³

III. CONFLICTOS AMBIENTALES EN CHILE

La vasta gama de recursos naturales existentes a lo largo y ancho del territorio nacional han atraído proyectos destinados a la explotación de dichos recursos desde los sectores acuícolas, energéticos, forestales y mineros, de alto impacto ambiental⁴ tanto para las comunidades cercanas donde estos proyectos han pretendido instalarse o se han instalado, como para los distintos elementos medioambientales y socioculturales que han sido amenazados o que se han dañado en forma efectiva.⁵

La génesis de un conflicto ambiental radica en la organización de la comunidad tanto a nivel local, regional o nacional para hacer frente a los impactos de los proyectos de inversión⁶ con alto impacto ambiental o que imponen fuertes cargas ambientales a

1 Palomo Vélez, Diego: "Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la litis individual", en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, julio de 2003, Volumen XIV, pp. 187-201.

2 CEPAL-PNUMA: La sostenibilidad del desarrollo en América Latina y el Caribe: desafíos y oportunidades, Santiago de Chile, 2002. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/8238/lcg2145e.pdf> (30/08/2011). passim.

3 Brañes, R., "Tres décadas de evolución del derecho ambiental y su aplicación en América Latina", en Main Sancha, Marcela (org.): Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental: 28 y 29 de noviembre 2001, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Universidad de Chile, Centro de Derecho Ambiental, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2003, pp. 94 a 165.

4 Cfr. Sabatini Downey, Francisco; Sepúlveda Luque, Claudia: Conflictos ambientales, entre la globalización y la Sociedad Civil, 1997, Publicaciones CIPMA, p. 23.

5 Fueron importantes en nuestra historia de conflictos ambientales el proyecto Río Cónдор, de la empresa estadounidense Trillium Co., que contemplaba la explotación de más de 250.000 hectáreas de bosques nativos de lenga en la XII región. Tras una importante polémica relativa al apoyo prestado por el gobierno, Trillium finalmente abortó la iniciativa y cedió las tierras a Goldman Sachs como parte de pago de una deuda millonaria; La instalación de una represa en el Alto Bio Bio para la construcción de la central hidroeléctrica Ralco, el 1997, causó polémica debido a la fuerte oposición de familias pehuenches que habitaban en las casi 2.000 hectáreas que serían inundadas. Tras la aprobación al EIA presentado por ENDESA, la construcción siguió en pie (...). La minera canadiense Noranda quiso instalar, en 2001, una planta procesadora de aluminio en la Bahía Chacabuco, en la XI región, tras una disputa con los productores salmoneros de la zona, y el apoyo prestado por el Presidente Ricardo Lagos, Noranda retiró su proyecto, según Azócar Zamudio, A.: Tompkins: el millonario verde, 2007, Universidad Diego Portales, Editorial La Copa Rota S.A., pp. 13-14.

6 Sabatini Downey, Francisco; Sepúlveda Luque, Claudia, Op. Cit., p. 30.

dicha comunidad.⁷

Desde el punto de vista social, existe acuerdo en que el fin de la dictadura militar y el retorno a la democracia ha sido gravitante para permitir a la ciudadanía manifestar libremente su rechazo a estos proyectos, lográndose instalar la discusión a nivel de políticas públicas. En este sentido, se ha señalado que “el regreso a la democracia permitió definir una normativa ambiental nueva, abriendo así la posibilidad de contrapesar la política económica al elevar la prioridad de protección del medio ambiente”,⁸ lo que encuentra plena coincidencia con la promulgación en el año 1994 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.⁹

En términos cuantitativos, entre los años 1974 y 1999 se registraron al menos 48 casos de conflictos ambientales de diversa magnitud y tipología,¹⁰ los que se han seguido y se seguirán produciendo en mayor número y transcendencia. ¿Existe alguna señal de que este panorama tome un rumbo mejor? ¿Se ha encontrado una solución jurídica adecuada y certera para estos conflictos? Son dos interrogantes que comparten una respuesta negativa.

IV. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DEL DAÑO AMBIENTAL

Desde el punto de vista fáctico, todo daño ambiental posee características que lo diferencian de otros tipos de daños, como son la velocidad y la imperceptibilidad, en orden a que el daño ocasionado al medio ambiente puede darse en un lapso breve de tiempo y en forma escasamente notoria para la comunidad afectada. Estas características unidas a la de irreversibilidad, la cual no permite que vuelva a recuperarse el elemento ambiental dañado, o que el costo de su reparación sea excesivamente gravoso, justifican plenamente la adopción de medidas tendientes a evitar un daño mayor que el ya producido.¹¹

Los desembolsos económicos necesarios para determinar la existencia de daños con estas características no son menores. Se requerirán estudios de alto nivel técnico o científico que permitan determinar responsables, nexos de causalidad y efectos concretos del hecho contaminante o dañoso, lo que dificulta la obtención del material probatorio necesario en juicio, pues se trata de costos que difícilmente pueden ser asumidos por un ciudadano o un grupo de personas afectadas por el daño inferido a uno o más elementos del medio ambiente, o que se vean afectados en sus respectivos patrimonios por un daño de esta naturaleza.

Además de lo oneroso que resulta enfrentar un daño ambiental, debemos tener presente que generalmente, quienes sufren los padecimientos de los daños ambientales pertenecen a la parte más pobre de la población, probablemente porque habitan en aquellas zonas de las ciudades que limitan con los sectores industriales,

7 La doctrina ha definido carga ambiental como “todo aquello que englobe tanto los costos y daños como los riesgos asociados al desarrollo de actividades que generan impactos ambientales”. Hervé Espejo, Dominique: “Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 2010, Volumen XXIII, Nº1, pp. 9-36.

8 *Ibid.*

9 Ley Nº 19.330, de Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de marzo de 1994. En lo sucesivo LBGMA.

10 Aldunate Balestra, Carlos: El factor ecológico, Las mil caras del pensamiento verde, 2001, LOM Ediciones, p. 248.

11 Cfr. Fernández Bitterlich, Pedro: Manual de Derecho Ambiental, 2001, Editorial Jurídica de Chile, p.124.



estando más expuestos a los riesgos que ello implica.¹² Ello sucede en la ciudad de Santiago de Chile, la cual padece una alta contaminación ambiental, y donde las poblaciones pobres, próximas a las fuentes fijas de contaminación, sufren en una medida que es totalmente ajena a quienes viven en los barrios más acomodados, donde el aire es puro y cuentan con amplias áreas verdes.¹³

Un caso paradigmático de la situación descrita, lo encontramos en el caso Promel o contaminación por plomo en Arica, el cual generó una grave situación de contaminación por acumulación de residuos tóxicos, consistentes en 20.901 toneladas de barros con contenido metálico, depositados a la intemperie en la periferia urbana de la ciudad de Arica, entre los años 1984 a 1989 y permaneciendo sin producir daños evidentes hasta el año 1997, cuando se detectó a través de un estudio de salud que el cincuenta por ciento de los niños de la zona presentaban altas concentraciones de plomo en la sangre, sufriendo cefaleas y daños neurológicos irreversibles acreditándose además, con informes técnicos que los residuos eran tóxicos por su alto contenido de mercurio, plomo, arsénico, cobre y otras materias peligrosas para la salud y el medio ambiente.¹⁴

En julio del año 1999 fue interpuesta por los vecinos afectados, una demanda por daño ambiental contra la Sociedad Promel Ltda., y la CPA Compañía Procesadora de Metales Ltda., y una demanda indemnizatoria en contra del Servicio de Salud de Arica. El fallo de primera instancia, fue dictado el 6 de agosto del 2004, siendo apelada por ambas partes y resuelta la segunda instancia el 16 de mayo del 2005, siendo ecurrida de casación también por ambas partes, emitiendo la Corte Suprema, su dictamen respecto a los recursos interpuestos el 30 de mayo de 2007.¹⁵ Es decir, existió un conflicto ambiental judicializado que se extendió por ocho años a raíz de un hecho dañoso – aún más duradero– que se prolongó por más de doce años, sin considerar la gravedad de los efectos que permanecieron en el tiempo ¿Cómo evitamos que se siga dañando el medio ambiente y la salud de las personas mientras el conflicto no ha sido resuelto mediante una decisión jurisdiccional firme y ejecutoriada que impida la perpetuación del hecho dañoso?

V. ACCIONES JUDICIALES DE RELEVANCIA EN MATERIA AMBIENTAL

Un conflicto ambiental puede ser llevado a los Tribunales de Justicia para su resolución, a través de la interposición de algunas de las acciones que el ordenamiento prevé, las cuales emanan de diversos cuerpos normativos, y por tanto, deben seguir distintos procedimientos.

¹² Las comunas más contaminadas de Chile: pobres y con alto desempleo. El Mercurio, 20 de febrero de 2011.

¹³ Cfr. Mosse Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; Donna, Edgardo. Daño ambiental, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 75.

¹⁴ Hervé Espejo, Dominique. "¿Constituye la responsabilidad civil un mecanismo apropiado para la protección al medio ambiente? Contaminación por plomo en Arica. Comentario a la sentencia de Promel". Disponible en: www.microjuris.com. (Consulta 30/08/2011). Asimismo, Hervé Espejo, Dominique y Pizarro Wilson, Carlos.: La responsabilidad civil derivada del daño ambiental. Notas sobre el caso de plomo en Arica en Revista Justicia Ambiental N° 1, Fiscalía del Medio Ambiente, Abril 2009, p. 269 - 278.

¹⁵ Ibid.

A. El Recurso de protección ambiental

Una de las vías procesales utilizadas por la mayor parte de los afectados por daños ambientales –y que revisaremos en forma somera– es a través de la interposición de una acción de protección de derechos fundamentales del artículo 20 de la Constitución Política de la República (CPR),¹⁶ para tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando sea afectado.¹⁷ La principal fortaleza de éste “(...) procedimiento de urgencia, es la posibilidad de obtener una eficiente medida cautelar, como es la orden de no innovar (...)”.¹⁸

La resolución de los conflictos ambientales vía recursos de protección si bien es rápida, informal (tal como se espera de un proceso de tutela urgente), de bajo costo (en cuanto a prueba y honorarios), logrando ser efectiva a través del otorgamiento de una medida concreta, está lejos de constituir una solución de fondo por las siguientes razones: En primer término, muchas veces las medidas solicitadas por el recurrente exceden las posibilidades que la protección constitucional concede para reparar o prevenir el daño alegado; las medidas cautelares – las que nunca podríamos calificar de creativas o innovadoras – que se decretan, se conceden con independencia de un eventual proceso principal; los tribunales permiten su utilización sólo cuando el daño que se pretende evitar es notorio, y en el caso de que se requiera paralizar una actividad empresarial, ello debe ser claro, palpable e inobjetable, lo que resulta absolutamente contrario a lo que se necesita frente a un daño ambiental, con las características que hemos descrito.¹⁹

Siguiendo los argumentos ya esgrimidos, podemos concluir respecto a este punto lo mismo que sostiene Brañes Ballesteros, quien ha indicado que la solución a la problemática que plantea el acceso a la justicia ambiental está lejos de encontrarse en acciones constitucionales de naturaleza cautelar, pues no significan una solución definitiva a un conflicto ambiental.²⁰

B. La acción de reparación ambiental o acción ambiental

Como se indica en el Art. 53 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), esta acción persigue la reparación del medio ambiente, estando definida reparación en el Art. 2 literal s) del mismo cuerpo legal en los siguientes términos: “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado, o en caso de no ser ello posible, restablecer, al menos, sus propiedades básicas”. Sin embargo, un problema que la tramitación de esta acción presenta es justamente su extensa tramitación, la que “puede durar años y no hay ningún instrumento procesal que permita impedir que el daño siga produciéndose durante todo ese tiempo, como

16 Art. 20 inc. 2° CPR: Procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

17 Cfr. Bordalí Salamanca, Andrés. Tutela jurisdiccional del medio ambiente, 2005, Editorial Fallos del Mes, Santiago, p. 326.

18 Bordalí Salamanca, Andrés. “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (30/08/2011).

19 Olmedo Bustos, Juan Pablo. “Recurso de protección y medio ambiente”, en Éxitos y fracasos en la defensa jurídica del medio ambiente, 2002, FUNDACIÓN TERRAM, pp. 25 y siguientes.

20 *Ibid.*, p. 138.



parece haber acaecido en el caso del Santuario Carlos Andwandter”.²¹

Actualmente bajo los parámetros anteriormente expuestos, una vez interpuesta la demanda por el Fisco de Chile en contra de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A, por la muerte de numerosos ejemplares de la especie cisne de cuello en el Santuario del Río Cruces en la Provincia de Valdivia, la parte demandante podría haber solicitado la aplicación de la medida cautelar innominada del Art. 298 del Código de Procedimiento Civil (CPC), consistente en la paralización de la actividad que con probabilidad es la causante del daño ambiental, evitando así que se siga produciendo el daño. Dicho proceso fue iniciado mediante la interposición de una acción de reparación ambiental ingresada en el Primer Juzgado Civil de Valdivia el día 27 de abril del año 2005, encontrándose actualmente en etapa probatoria.²² La industria se encuentra funcionando normalmente, luego de haberse paralizado sólo por un breve período, debido una medida cautelar solicitada vía recurso de protección ambiental.

Durante todo el tiempo transcurrido, hasta la actualidad, el daño ambiental ha sido absolutamente consumado, el lugar no ha vuelto a ser el mismo, y difícilmente el ecosistema podrá ser reparado si es que se dicta una sentencia definitiva favorable a la parte demandante.

C. Acción preventiva de daños del Artículo 2.333 del Código Civil en materia ambiental

El no poder ejercitar acciones como resguardo frente a un daño ambiental verosímil, es decir, que aún no se ha producido, pero que existen grandes probabilidades de que ocurrirá, con todos los perniciosos efectos –por su difícil detección y reparación– como hemos explicado, pudiendo cambiar radicalmente las condiciones de vida de toda una comunidad, es un problema que existe desde antaño, y por tanto, no resulta ser propio de las materias ambientales.

Esta concepción que requiere siempre un daño efectivo, previamente causado, data de la concepción clásica del siglo XIX, la cual requería para poder alegar cualquier afectación, un daño actual, cierto y preciso, puesto que no existían acciones frente a una mera amenaza o riesgo futuro. Según la doctrina decimonónica, el poder accionar contra peligro certero sólo originaría inseguridad jurídica e incluso, una “limitación inadecuada al ejercicio de los propios derechos”.²³

Siendo escasamente utilizada por los operadores jurídicos, la acción preventiva de daños contenida en el Art. 2.333 del Código Civil, que “concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

Según Diez Schwerter, la acción del Art. 2333 del Código Civil (CC) constituye una

21 Bordali Salamanca, Andrés. “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (30/08/2011).

22 Rol causa 746 – 2005, 1º Juzgado Civil de Valdivia, según Sistema de Información de Causas, www.poderjudicial.cl (30/08/2011).

23 Mosse Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; Donna, Edgardo. Op. Cit., p. 157.

importante innovación introducida por Andrés Bello,²⁴ ya que goza de una amplitud desde diversos aspectos: no existe limitación en cuanto a las personas que pueden interponerla, pudiendo ser interpuesta por una persona natural o jurídica,²⁵ pública o privada; el juez, al acogerla, tiene la facultad de decretar las medidas que estime pertinentes para evitar la producción efectiva del daño;²⁶ y además no posee el carácter de prescriptible.²⁷

Para el autor mencionado, la acción descrita es de gran utilidad en materia ambiental, ya que su procedencia está permitida por el artículo 51 LBGMA, al señalar en su inciso final que "...en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil", que es justamente el título que contiene el mencionado artículo 2333 del mencionado cuerpo legal.²⁸

VI. DESARROLLO DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN AMÉRICA LATINA

El acceso a la justicia ambiental en América Latina en general, y en Chile en particular es un bastión que se ha logrado larga y trabajosamente, pero no en la medida que se requiere, según la vasta riqueza de recursos naturales e historia sobre conflictos ambientales que posee nuestro continente, y también nuestro país. En nuestra opinión, en los últimos treinta años las condiciones para lograr el acceso a la justicia han mejorado, siendo creadas e implementadas ciertas medidas en forma exitosa, pero aun restando para su completo desarrollo.

Así, los Estados han situado el tema medio ambiental en un apartado prioritario de sus agendas, tanto a nivel local como global; se han creado órganos e instituciones con la misión de implementar políticas, planes y programas, así como de la fiscalización en el cumplimiento de los mismos; la evaluación ambiental se ha masificado como una herramienta eficaz a la hora de decidir sobre la realización de grandes proyectos de inversión; se han creado acciones y recursos judiciales destinados a obtener tanto la tutela del derecho a vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación, como la reparación del daño medioambiental, y la indemnización de los perjuicios producidos a consecuencia de estos.

Sin embargo, el último punto sobre el que hemos reflexionado, es el que abordaremos en las siguientes páginas, pues probablemente la aplicación del derecho es lo que puede resolverse en forma más inmediata, ya que son los jueces quienes llevan sobre su investidura la misión de aplicar el Derecho en la forma más eficaz posible, logrando incluso volver operativas aquellas normas que no han sido correctamente creadas.²⁹ Así lo reconocen los mismos jueces en el punto N° 1 de la Declaración de

24 Delgado Schneider, Verónica; Diez Schwerter, José Luis. "Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del Derecho de Daños" en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Año LXXI, N° 214, 2005.

25 Corral Talciani, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 359.

26 Alessandri Rodríguez, Arturo: De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Editorial Universitaria, 1943, p. 219.

27 Cfr. Corral Talciani, Hernán. Op. Cit., p. 362.

28 Diez Schwerter, José Luis: "Notas sobre la acción preventiva de daños del Artículo 2.333 del Código Civil: A propósito de un fallo reciente", en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, año LXXIII, 2005, N° 217-218.

29 De igual modo lo entendió el profesor Brañes, al indicar que "los escasos cambios que se han dado en algunos países, aunados la capacidad y voluntad de los jueces, han permitido que en América Latina se inicie un proceso de intervención de los tribunales de justicia en materias ambientales (...), creando una importante jurisprudencia, y que permite hablar de un <amanecer> de la justicia ambiental...". Brañes Ballesteros, Raúl. Ibid., p. 135.



Buenos Aires, originada en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental,³⁰ la cual reza:

“Convencidos del rol que nos toca a jueces y fiscales en la aplicación efectiva del Derecho Ambiental en aras del logro del desarrollo sostenible, y teniendo en cuenta los antecedentes claramente plasmados en la Declaración de México del año 2000 y la Declaración de Johannesburgo del año 2002, hemos arribado a distintas conclusiones y recomendaciones que consideramos fundamentales para nuestra región en temas relativos a: capacitación de magistrados, organización de la justicia y las competencias ambientales, relación del Poder Judicial con los otros poderes del estado y con la sociedad civil, evaluación de la aplicación de las normas ambientales por parte del Poder Judicial y los fiscales, procesos constitucionales, acción civil y de daño ambiental y acción penal ambiental”.

La doctrina más autorizada en esta materia ha sostenido que la “ineficacia de la legislación ambiental (...) es acentuada con las deficiencias que presenta su aplicación judicial, por razones que muchas veces están vinculadas a la ineficacia de la propia legislación ambiental, en tanto ésta no tiene previstos mecanismos apropiados para su aplicación por los órganos jurisdiccionales. (...) entre otros factores, que van desde las insuficiencias generales que presenta la Administración de Justicia en los países de la región...”.³¹ De esto se infiere la existencia de un cúmulo de factores que embarazan gravemente el acceso a la justicia ambiental, siendo considerablemente dificultoso para los justiciables que reclaman un daño ambiental, obtener una reparación efectiva del perjuicio, mediante la interposición de las acciones que correspondan ante los tribunales competentes.

La justicia civil – o mejor dicho los ciudadanos que recurren a ella – tropiezan con una barrera casi infranqueable, consistente en lo extenuante y demoroso que puede resultar un proceso judicial en materia de medio ambiente, atendida las innumerables singularidades que poseen los daños ambientales, y sumando a ellas las consideraciones que deben tenerse respecto al transcurso temporal de todo proceso judicial, las cuales trataremos en las siguientes páginas.

VII. CONSIDERACIONES EN CUANTO A LA EXTENSIÓN TEMPORAL DEL PROCESO

Al contrario de lo que podría sostener cualquiera persona que no opera en el tráfico jurídico, un proceso breve, en el que aparentemente no existan dilaciones y se obtenga una decisión judicial en un plazo corto, no significa que estemos en frente de una solución jurídica eficaz o de calidad. Puesto que todo proceso judicial requiere argumentaciones que deben ser analizadas desde todos los frentes posibles; material probatorio aportado por las partes, el cual muchas veces será abundante y que debe ser sopesado por el órgano decisor; las partes requerirán enfrentarse por cuestiones accesorias en incidentes, y en definitiva será misión de éstas ir abriéndose paso en el proceso, realizando las actuaciones que la ley les otorgue como derecho o les imponga como obligación.

³⁰ Declaración de Buenos Aires en el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental, CEPAL, Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre del año 2003, disponible en: http://www.eclac.org/dmaah/noticias/paginas/7/27987/Declaracion_de_Buenos_Aires_Jueces_y_fiscales.pdf (30/08/2011).

³¹ Brañes Ballesteros, Raúl: *Ibid.*, p. 135.

Consideramos acertado lo sostenido por parte de la doctrina española, al indicar que “existe una exigencia insita en el objetivo de todo juicio, que consiste en que la resolución del mismo produzca, no sólo una satisfacción jurídica, sino también una satisfacción efectiva. Por consiguiente, la eficacia del proceso es el elemento que debe guiar la ordenación temporal de éste”.³²

Cuando un proceso judicial excede los límites temporales previstos en las normas procesales se producen gravísimas alteraciones, especialmente para la parte que ha sufrido el perjuicio, pues se retarda tanto la indemnización u otro tipo de medida a la que tiene derecho, e incluso prosigue el perjuicio por el cual se ha litigado plausiblemente.³³ Desde la praxis, se indica que “se hace más difícil establecer los hechos ya que la memoria decae y los testigos desaparecen. Difiere acuerdos y puede llevar a las partes a aceptar deficientes arreglos, debido a que el retraso agota la paciencia y/o los recursos necesarios para continuar con el proceso”.³⁴

¿De qué forma aplicamos las consideraciones recién hechas a los procedimientos cuya finalidad es resolver un conflicto ambiental? Consideramos que dicha interrogante debe ser respondida con máxima cautela, y justamente, encontrar esa respuesta es el cometido de este trabajo.

El tiempo que toma resolver un juicio en que se ventilan asuntos de naturaleza ambiental no puede ni debe ser el mismo que aquel empleado para resolver una contienda civil ordinaria, en la cual, como explicamos en las páginas precedentes, sólo se encuentran comprometidos los intereses privados de los litigantes.

Resulta fundamental que el Derecho Procesal abandone las estructuras clásicas que le rigen desde antaño, con miras a encontrar un punto de flexibilidad³⁵ para estos nuevos casos, como son los conflictos ambientales, dándole a estos una solución práctica a través de la implementación de respuestas que faciliten al ciudadano común y corriente la reivindicación de sus intereses ventilados en estos casos, más concretamente a través de la creación de mecanismos procesales apropiados y eficaces que permitan su verdadera operatividad y reivindicación en juicio.^{36 37}

En materia de conflictos jurídicos-ambientales,³⁸ es preocupante la tardanza en la obtención de una solución definitiva y favorable para la parte demandante y que ponga tope al hecho contaminante y permita la reparación del elemento medioambiental dañado, antes que el juicio genere un derroche económico imposible de solventar y la sentencia se vuelva imposible de cumplir.

32 Riba Trepal, Cristina: La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas, J.M. Bosch Editor, 1997, p. 25.
Marín González, Juan Carlos: Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho

33 Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 35.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 Ibid., p. 189.

37 Si bien Palomo Vélez resalta la necesidad de adaptar las instituciones referidas a la legitimación y la cosa juzgada, consideramos que sus apreciaciones son también válidas para hacer meritoria una revisión de las medidas cautelares en conflictos ambientales.

38 Actualmente ante los tribunales no sólo han aumentado cuantitativamente, sino que también han sufrido una gran “modificación cualitativa”. Durante el siglo XIX se litigaba sobre cuestiones que admitían una indefinida dilación temporal del proceso (...) Actualmente los procesos se refieren a cuestiones que no pueden soportar el menor retraso. Marín González, Juan Carlos: Op. Cit., p. 40. Hacemos nuestras las palabras del profesor Marín, incluyendo dentro de aquellos casos que “no pueden soportar el menor retraso”, los procesos referidos a conflictos ambientales.



A mayor abundamiento, y a modo de respaldo de lo que hemos señalado en las páginas precedentes, podemos traer a colación lo esgrimido por Bordalí Salamanca, quien ha indicado que uno de los factores que han desatado una verdadera crisis en nuestra justicia civil, es la excesiva duración de los procesos, haciendo necesarias “tutelas diversas de la ordinaria, cuando el peligro que comporta para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos una decisión jurisdiccional “tardía” así lo aconseje, como son las que se denominan tutelas de urgencia, ya sean sumarias, “autosatisfactivas”, cautelares innovativas o simplemente cautelares, etcétera, que permiten otorgar la necesaria tutela jurisdiccional al ciudadano que la reclama del Estado, en unos plazos mucho más breves que la tutela ordinaria”.³⁹

Como es sabido, el conocimiento de la acción ambiental por parte de los tribunales de justicia, se produce mediante un procedimiento sumario,⁴⁰ aplicándose las normas del Título XI del Código de Procedimiento Civil, el cual igualmente podía durar mucho tiempo,⁴¹ lo que nos lleva a pensar que los problemas procesales de la justicia civil lamentablemente resultan ser considerablemente amplios, abarcando tanto cuestiones sobre la legitimación -que no abordaremos- y el régimen cautelar. En este último punto la doctrina más autorizada ha sostenido que deberían introducirse reglas especiales, “habida consideración de la naturaleza eminentemente preventiva del derecho ambiental y, por tanto, la necesidad de un sistema particularmente eficiente”.⁴²

VIII. PRINCIPIO PRECAUTORIO DEL DERECHO AMBIENTAL Y SUS RELACIONES CON LAS CAUTELARES EN MATERIA JUDICIAL

El principio precautorio surgió en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la cual en su decimoquinto principio establece:

“Con el fin de proteger el Medio Ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando hay peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”

Consideramos relevante para la comprensión de este concepto, lo establecido en la Convención de Wingspread (1998):⁴³

“Cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias incluso cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en forma absoluta, ya que es necesario mantener una barrera de protección

39 Bordalí Salamanca, Andrés: “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil” en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 2001, Volumen XII, N° 2, pp. 51-66.

40 Este procedimiento se modificará y se trasladará a la competencia de los Tribunales Ambientales, según proyecto de ley actualmente en trámite identificado como boletín N° 6742-12 e ingresado por Mensaje Presidencial N° 1419-357, el 28 de octubre de 2009.

41 Bordalí Salamanca, Andrés: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (30/08/2011). passim.

42 Brañes Ballesteros, Raúl: Op. Cit., p. 41.

43 Reunión de científicos, filósofos, juristas y miembros de asociaciones ecologistas de Estados Unidos y Canadá realizada en la ciudad de Wingspread, Estado de Wiscosin, Estados Unidos, durante enero de 1998.

considerablemente alta, de modo tal que se logre mantener lo más posible los elementos medioambientales sin alteraciones, evitándose así la producción de un daño ambiental grave e irreversible”.

Nuestro ordenamiento jurídico interno no consagra el principio de precaución dentro de sus normas o políticas ambientales, pero este principio ha logrado insertarse 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 ya mencionada Declaración de Río de 1992. Cabe destacar que el mensaje presidencial de la LBGMA (1994), establece la importancia y transversalidad del principio precautorio al señalar que este es la base de diversos mecanismos de gestión como es la educación ambiental; el sistema de evaluación ambiental; los planes preventivos de descontaminación y las normas sobre responsabilidad.⁴⁴

No cabe duda que el principio precautorio tiene aplicación en las decisiones de la Administración, pues ésta es obligada por la ley a la adopción de medidas pertinentes para evitar el daño ambiental. Sin embargo, los tres elementos mencionados en el párrafo anterior, nos permiten sostener que también este principio logra justificar la aplicación de medidas cautelares por parte de los tribunales de justicia,⁴⁵ incluso en la génesis del proceso (aun cuando la demanda no haya sido contestada, según establece el artículo 290 CPC) puesto que a pesar de no existir aun certeza científica de la existencia del daño,⁴⁶ el que se haya interpuesto una acción por parte de un posible afectado, constituye una sospecha más o menos intensa de que un hecho dañoso se ha producido, pero que resulta suficiente para indicar a la luz del principio precautorio, la necesidad de aplicar una medida específica para evitar que el supuesto daño se siga produciendo.

Cierta doctrina es congruente con nuestro anterior planteamiento: “el auto en el que se decretan las medidas cautelares, es el momento propicio para dar aplicación al principio de precaución porque se trata de la actuación en la que el juez, sin anticipar el fallo, toma los correctivos necesarios para evitar que al finalizar el proceso el daño sea irreversible y el contenido de la sentencia sea completamente inoportuno o inejecutable”.⁴⁷

44 Historia de la Ley N°19.300 Bases Generales del Medio Ambiente, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19300/HL19300.pdf>. (30/08/2011), pp. 14 y 15.

45 En este mismo sentido, Nogueira Alcalá, Humberto: “Justicia Ambiental y Justicia Constitucional” en Revista de Derecho Ambiental, Fiscalía del Medio Ambiente - FIMA, 2010, N° 2 , pp. 17-18. “(...) debe hacerse efectivo el principio de precaución que determina que quienes deben adoptar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental. En tal perspectiva la declaración de Wingspread determina que cuando una actividad representa una amenaza para el medio ambiente, deben adoptarse medidas precautorias, aun cuando algunas relaciones de causa a efecto no hayan sido totalmente determinadas de manera científica”.

46 La certeza científica resulta ser un sinónimo del concepto de verdad, y sobre este último concepto, múltiples han sido las críticas sobre su validez como estándar de objetividad. Taruffo ha sostenido que al igual que otros conceptos, la verdad fue dejada de lado como instrumento confiable, y cita a Michael Rorty, quien asumiendo una posición radical, ha dicho que “la verdad no sería otra cosa que aquello sobre lo que un grupo de razonables amigos dialogantes están de acuerdo”. Causa de la desvaloración de la verdad en el conocimiento ha sido -entre otros factores- el surgimiento de “múltiples verdades, según los puntos de vista y los grupos sociales de pertenencia, así como la noción de que es la aceptación por un número suficiente de personas lo que hace verdadera una narración”, por lo que se ha concluido que “cada uno tiene su propia verdad, de manera que nadie comete errores y cualquier construcción de mundo es verdadera para lo que creen en ella”, de modo tal que la aplicación de estas consideraciones a la certeza científica, arribamos a la relatividad de esta como parámetro de conocimiento, pues resulta ser un paradigma perfectamente superable. Taruffo, Michele: “Notas acerca de la verdad en el proceso”. Conferencia pronunciada por el Dr. Michele Taruffo con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad Austral de Chile el día 9 de abril de 2010 (sin publicar).

47 Arcila Salazar, Beatriz: “El principio de precaución y su aplicación judicial” en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, 2009, Vol. 39, N° 111, p. 298.



Otra arista de este problema se refiere a que el iniciar un proceso contencioso ambiental por alguna de las vías procesales que hemos mencionado, implica para los demandantes un desgaste considerable desde el punto de vista económico y organizacional –entre otros –, lo que muchas veces constituirá una importante barrera para la continuación del proceso. Si a ello sumamos lo pernicioso del daño ambiental sobre el elemento sociocultural o de la naturaleza afectado, y con todo, sobre la calidad de vida de las personas, podemos sostener que es imperante un control o manejo adecuado de los tiempos del proceso por parte de los tribunales de justicia, de modo tal de permitir resolver de manera ecuánime, en el tiempo adecuado y al menor costo posible las disputas de naturaleza ambiental, con miras a poder cumplir efectivamente la sentencia.

IX. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU UTILIDAD EN PROCESOS AMBIENTALES

Podemos inferir que un conflicto de naturaleza ambiental supone mayores dificultades que un proceso civil ordinario pues los perjuicios que pueden producirse en plena tramitación de estos últimos son – como ya hemos indicado – particularmente mayores, lo que sumado a los problemas propios de la justicia civil, vuelven a estos litigios considerablemente complicados y costosos.

Calamandrei ya sostenía que era posible determinar un punto de equilibrio entre celeridad y eficacia, lo que equivale a ponderar entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde. Mencionaba como medio para lograr dicho equilibrio, la utilización de las providencias o medidas cautelares, pues estas son el único instrumento procesal que permite que el asunto de fondo sea resuelto en un momento posterior, con una ponderación madura y suficiente, consiguiéndose así, que la actuación de la ley contenida en la providencia definitiva, pueda operar sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría en el momento de la interposición de la demanda.⁴⁸

La institución procesal a la que hacía alusión Calamandrei para conseguir el equilibrio entre celeridad y eficacia, no era otra que la de las “medidas cautelares”, definidas como una “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma.”⁴⁹

En palabras de Bordialí Salamanca, se trata de “...un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo, ya que una debida protección de los derechos e intereses de las personas depende en muchas oportunidades de que el juez pueda, a efectos de un proceso, detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo.”⁵⁰

Las medidas cautelares innominadas poseen capital importancia en los procesos en que se debaten cuestiones ambientales, como son aquellos en que se conoce la acción de reparación ambiental, pues permite a las partes solicitar al tribunal medidas

⁴⁸ Cfr. Calamandrei, Piero: Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Trad. Marino Ayerra Merín, 1996, Librería El Foro S.A, pp. 43-44.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Bordialí Salamanca, Andrés: “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil” en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, N° 2, Valdivia, 2001, pp. 51-66.

cautelares distintas de las establecidas expresamente en los artículos 290 y siguientes CPC, las que están ideadas esencialmente para procesos ordinarios que versan sobre cuestiones patrimoniales.

La doctrina ha indicado que la existencia de normas autorizantes de medidas cautelares indeterminadas o atípicas -como es el artículo 298 CPC- es "(...) índice de perfección de un sistema de tutela cautelar, ya que posibilitaría que las medidas adquieran la ductilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro en la demora cuya diversidad no siempre es fácil y completamente previsible."⁵¹ En otras palabras, la utilidad que dicha institución posee en materia de conflictos ambientales – y que podría tener en cualquier otro tipo de conflictos – se debe a que permite enfrentar situaciones completamente imprevisibles, debido a lo maleable que resulta ser, pues el juez, a través de cierta capacidad creadora, puede establecer la medida más idónea para el caso que se encuentre en su conocimiento, logrando así combatir el peligro producido por la demora en emitir una sentencia definitiva.

A modo de ejemplo, podríamos sostener que el tribunal competente que se encuentra conociendo una acción preventiva de daños del artículo 2.333 CC o de reparación ambiental de la LBGMA, interpuesta por un grupo de ciudadanos en contra de una empresa cuyo funcionamiento ha producido presumiblemente la muerte de la fauna que habita en las cercanías del lugar en que se encuentra emplazada la demandada, podría perfectamente, si las partes así lo solicitasen, decretar bajo el amparo del artículo 298 CPC, el cese de toda actividad productiva mientras no se resuelva el fondo del asunto, es decir, si la empresa demandada es o no responsable del daño ambiental producido.

El fundamento para adoptar dicha decisión sería a partir del principio precautorio, ya que a pesar de no existir certeza científica de que el daño ambiental ha sido producido por la empresa demandada, al existir cierta sospecha mínimamente comprobable, como la inexistencia de otra posible fuente contaminante en el lugar afectado, el tribunal deberá tomar las medidas necesarias para evitar que el daño ambiental que ya está en su conocimiento continúe produciéndose.

Según Bordalí Salamanca, salvo la institución en comento, no existe en el CPC ninguna otra medida cautelar o precautoria que tenga utilidad en los procesos ambientales, "...la única solución posible, que la parte demandante lo hubiera pedido, es que el juez hubiera decretado una medida cautelar innominada o atípica, según le autoriza el artículo 298 CPC, pudiendo exigírsele en ese caso una caución al actor."⁵²

Desafortunadamente esta herramienta no posee mayor regulación legal que su consagración normativa, estableciendo solamente una exigencia de caución y tampoco ha tenido el desarrollo jurisprudencial que la doctrina esperaba, justamente porque las partes no las solicitan y cuando han sido solicitadas, los jueces las han otorgado y denegado intermitentemente y sin criterio alguno.⁵³

En cuanto a los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares innominadas,

⁵¹ Cfr. Ortells, Manuel: "La Tutela Cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en Morón, Manuel (coord.): El Proceso Civil y su Reforma, Colex, Madrid, 1998, p. 434.

⁵² Bordalí Salamanca, Andrés: Op. Cit. pp. 51-66.

⁵³ Ibid.



la doctrina más autorizada ha sostenido que el *fumus boni iuris*, "(...) viene a ser un presupuesto legalmente previsto, por lo que no corresponde exigir que el actor acredite, por ejemplo, ser titular de un derecho a respirar un aire limpio o de un interés legítimo a vivir en una naturaleza preservada.⁵⁴

Con respecto al segundo presupuesto que las partes deben acreditar, el *periculum in mora*, debido a la inexistencia de una regulación legal explícita o implícita, será función del juez determinar tanto el peligro al que se le hará frente, como la medida que se adoptará con dicho fin.⁵⁵ Sin embargo, se advierte que la determinación del *periculum in mora* será sencilla en los casos de medidas cautelares que persigan fines precautorios o asegurativos, pero no así en las medidas cautelares que persigan otros fines. Esta afirmación se debe a que Marín González aboga por la aceptación de medidas cautelares que permitan anticipar la solución de fondo, es decir, medidas cautelares innovativas susceptibles de ser aplicadas a situaciones en que "urgentemente se debe satisfacer la pretensión solicitada, ya que de lo contrario la sentencia definitiva cuando se pronuncie será ineficaz."⁵⁶

En el caso de medidas cautelares innovativas y que no posean regulación legal, será el juez quien deberá determinar el *periculum in mora* para la adopción de medidas que logren frenar el peligro de retardo, pues de esa forma estas pueden ser utilizadas en forma absolutamente flexible, y por tanto, ser utilizadas en casos altamente complejos, como son los contenciosos medioambientales.

En definitiva, las medidas cautelares atípicas permiten en procesos de connotación ambiental, asegurar que al momento en que se dicte la sentencia esta pueda efectivamente cumplirse, anticipando provisionalmente la decisión de fondo, pues de lo contrario, podríamos llegar a una imposibilidad absoluta de cumplir la sentencia definitiva.⁵⁷

La posibilidad de recurrir a esta institución procesal, entendida como norma de cierre de la tutela cautelar, permite controlar los riesgos ambientales generados por un daño ambiental, limitándolos mientras no se determine por sentencia definitiva la producción efectiva del daño y los responsables del hecho, asunto que será sancionado en un proceso considerablemente extenso, tal como amerita un juicio bajo los estándares correctos y respetando todas las garantías procesales pertinentes.

Bajo los parámetros anteriormente expuestos, una vez interpuesta la demanda por el Fisco de Chile en contra de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A, por la muerte de numerosos ejemplares de la especie cisne de cuello negro (*cygnus melancoryphus*) en el Santuario del Río Cruces en la Provincia de Valdivia, la parte demandante podría haber solicitado la aplicación de la medida cautelar innominada del Art. 298 CPC, consistente en la paralización de la actividad que con probabilidad es la causante del daño ambiental, evitando así que se siga produciendo el daño.

Como hemos señalado, dicho proceso fue iniciado mediante la interposición de una

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Cfr. Marín, Juan Carlos: Op. Cit., p. 467.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid. p. 471.

acción de reparación ambiental ingresada en el Primer Juzgado Civil de Valdivia en fecha 27 de abril del año 2005, encontrándose actualmente (enero del año 2011) aún en estado de tramitación, específicamente en etapa probatoria.⁵⁸ La industria se encuentra funcionando normalmente, luego de haberse paralizado solo por un breve período, debido una medida cautelar solicitada vía recurso de protección ambiental. Durante todo el tiempo transcurrido, hasta la actualidad, el daño ambiental ha sido absolutamente consumado, el lugar no ha vuelto a ser el mismo, y difícilmente el ecosistema podrá ser reparado si es que se dicta una sentencia definitiva favorable a la parte demandante.

Tanto en las consideraciones recién expuestas, como en el ejemplo anterior, se advierte la evolución que ya hemos esbozado, la cual queda manifiesta en la insuficiencia de la finalidad típicamente conservativa de la tutela cautelar. Empero, la naturaleza del conflicto ha vuelto meritorio e indispensable adelantar provisionalmente el resultado de lo pedido en el proceso principal, sin que ello constituya una falta a los derechos de la contraparte, por tanto, no sólo se mantiene un *status quo*, sino que se innova al aplicar la medida. Por lo tanto, puede darse una coincidencia entre la medida solicitada y el derecho tutelado, dando cuenta de otro cambio en cuanto a las características denominadas clásicas, de las medidas cautelares.

X. ¿TIENE APLICACIÓN ACTUAL EL ARTÍCULO 298 CPC?

Las buenas consideraciones teóricas que tiene la doctrina respecto a las medidas cautelares indeterminadas no se condice con los hechos, pues como indica Marín González: “es lamentable constatar que en Chile los jueces civiles no hacen uso de las facultades que el legislador procesal pone a su disposición, mostrando muy poca capacidad creativa, más allá de los rígidos moldes”.⁵⁹ Esto mismo ha apreciado Bordalí Salamanca, al sostener que “el poder cautelar innominado que reconoce el artículo 298 CPC no se ha mostrado un instrumento viable para dar amparo a problemas de este tipo. Ni los abogados ni los jueces se sienten cómodos con un poder que no está expresamente regulado por la ley.

A través de esa norma un juez civil podría decretar la paralización de las faenas de la empresa que probablemente son la causa de los daños medioambientales. Sin embargo, parece ser que esos jueces no se sienten arropados por el legislador para adoptar una decisión de tal especie. Además, los jueces civiles chilenos están acostumbrados a darle sólo un fin asegurativo a las medidas cautelares, pero no le son familiares otras medidas conservativas o bien nuevos fines de mantención de un *status quo*”.⁶⁰

Como ya hemos dicho, la doctrina ha entendido la existencia de las medidas cautelares innominadas como un índice de perfección del sistema, sin embargo Ortells Ramos ha advertido que se produce un importante contrasentido, pues a pesar de la utilidad que esta herramienta procesal posee, los jueces se abstraen

58 Rol causa 746 – 2005, 1º Juzgado Civil de Valdivia, según Sistema de Información de Causas, www.poderjudicial.cl (30/08/2011).

59 Marín, Juan Carlos: Op. Cit. p. 89.

60 Bordalí Salamanca, Andrés: “Aplicaciones de la nueva tutela cautelar contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Chileno”. Disponible en www.microjuris.cl (30/08/2011). Passim.



de ella, debido a un temor a aquel espacio de independencia decisional que se ha establecido mediante la introducción de una norma de esta naturaleza.⁶¹

Desde el punto de vista práctico, en la actualidad no existe aplicación de la medida objeto de este estudio, pues como indica la doctrina, existe un temor, tanto de los litigantes como de los jueces, de recurrir a instancias que ameriten o exijan cierta capacidad creadora, por lo que a pesar de lo adecuado que esta medida resulta respecto al caso de los conflictos ambientales, estas no han sido utilizadas, a pesar de ser absolutamente válidas y vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En este apartado cabe concluir que el artículo 298 CPC, a pesar de ser la única norma capaz de cumplir una función útil, al asegurar que la sentencia definitiva que resolverá un conflicto ambiental podrá cumplirse transcurrido el tiempo necesario que amerita un proceso con las características como el que hemos mencionado, ya que permite al juez adoptar la medida más idónea al caso concreto, no es solicitada por las partes que a menudo litigan en estos juicios, ni tampoco son decretadas por los jueces en las pocas veces que han sido solicitadas, de ahí que el desarrollo de estas medidas sea mayoritariamente doctrinario, y por tanto, meramente teórico. Consideramos que una aplicación constante de estas medidas, lograría desarrollar una jurisprudencia necesaria, en lo que concierne a la procedencia y presupuestos de las mismas, pues como ya hemos indicado, en el caso del periculum in mora, es el juez el llamado a determinar el peligro específico a la que la medida específica hará frente, y con ello, lograr consagrar el valor de la seguridad jurídica a favor de los litigantes en juicios ambientales.

XI. LA LEY N° 20.417 Y EL PROYECTO DE LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Desde el 5 de junio de 2008, fecha en que se inició el trámite legislativo de la ley que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente,⁶² mediante el ingreso a la Cámara de Diputados del Mensaje Presidencial N° 352-356, nuestra institucionalidad ambiental ha sido reformada con la intención de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, contribuir al ingreso de Chile a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y fortalecer la regulación, gestión y fiscalización ambiental.

Iniciado el proceso de reforma, se advierte por algunos sectores la necesidad de un tribunal que se haga cargo de los vacíos en la administración de justicia ambiental. Durante el segundo trámite legislativo del Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Medio Ambiente, y durante las audiencias públicas, tanto la ONG Fiscalía del Medioambiente – FIMA– como los gremios de la producción plantearon la necesidad de un tribunal especial para mejorar el acceso a la justicia ambiental y separar las funciones de determinación de infracciones e incumplimientos, radicando esta función en la Superintendencia, y atribuyendo la de imposición de las sanciones al

61 Ortells Ramos, Manuel et al: "La Tutela Cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en *El Proceso Civil y su Reforma*, Colex, Madrid, 1998, p. 434.

62 Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero del 2010. Sin embargo, la vigencia de las potestades sancionadoras de la Superintendencia del Medio Ambiente penden de la creación del Tribunal Ambiental, según lo acordado en el Protocolo de Acuerdo suscrito entre el Gobierno y senadores de distintos sectores políticos el 26 de octubre del año 2009.

Tribunal. En el transcurso de la discusión, se entiende la necesidad de distinguir la infracción de la administración de las sanciones.⁶³

Finalizada la tramitación del proyectos de Ley que crea los órganos ya señalados, el Gobierno ingresó al Senado un Proyecto de Ley que crea el Tribunal Ambiental.⁶⁴ Este proyecto, destinado a complementar la Ley N° 20.417, contempla actualmente la creación de tres Tribunales Ambientales, ubicados en las ciudades de Santiago, Antofagasta y Valdivia,⁶⁵ los que se caracterizan por ser órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, y cuyas funciones serán actuar como órgano de control jurisdiccional de las decisiones de la Superintendencia; resolver las controversias contenciosas administrativas en materia ambiental y resolver las demandas por daño ambiental. Los tribunales tendrán una integración mixta, lo que sumado a su naturaleza especializada, proveerá de decisiones predecibles, permitiendo seguridad jurídica para todos los interesados.⁶⁶

Se ha estimado que el fortalecimiento del marco legal e institucional en materia de medio ambiente incentiva la litigación ambiental por parte de los ciudadanos, empresarios, el gobierno y las organizaciones ambientales no gubernamentales, generándose así un volumen de conflictos ambientales, que son legal, científica, tecnológica y económicamente complejos.⁶⁷

Se ha destacado por distintos sectores, las competencias otorgadas a los tribunales ambientales, la amplia legitimación activa para intervenir ante ellos y la incorporación de medidas cautelares atípicas o innominadas. El 15 de diciembre de 2010 se llevó a cabo la última sesión de discusión del proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales en la Comisión de Recursos Naturales. A esta fecha, el proyecto se encuentra en el Tercer Trámite Constitucional ante el Senado.⁶⁸

En cuanto a la competencia, el proyecto de ley modifica la LBGMA, pues traspasa el conocimiento de la acción de daño ambiental desde la esfera competencial de los juzgados civiles a la de los nuevos tribunales ambientales.

“Art. 16. Los tribunales ambientales tendrán competencia para conocer:

N° 2. De las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la Ley N° 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado”.

63 Historia de la ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 26 de enero de 2010. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-materia?cate=15>. (30/08/2011).

64 Mensaje N° 1419-357, ingresado el 28 de octubre de 2009, en cumplimiento del Protocolo de Acuerdo suscrito un año antes, actual Boletín N° 6747-12.

65 El proyecto original planteaba la creación de un tribunal único con asiento en la ciudad de Santiago, y que se inspiraría en la fórmula utilizada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

66 Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente recaído en el Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales.

67 Pring, George; Pring, Catherine: ¿Cuán verde es la justicia? Reflexiones acerca del Estudio Global de Cortes y Tribunales ambientales, con especial referencia a Chile. Presentación hecha en las V Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 27 al 29 de octubre de 2010. Disponible en <http://derechoambiental.uchile.cl/files/pdf/pring.pdf> (30/08/2011).

68 Con fecha 11/08/2011 se da cuenta de Oficio N° 130-2011 de la Corte Suprema. Disponible en www.senado.cl (28/08/2011).



En relación al procedimiento aplicable, el proyecto de ley incorpora un párrafo que regula la tramitación de la acción de reparación de daño ambiental, el cual constituye un procedimiento distinto de los demás que conocerán los nuevos tribunales.

Advirtiendo la necesidad de medidas cautelares acordes a los conflictos ambientales, el legislador incluyó un extenso artículo 23, el cual desarrolla en nueve incisos la regulación necesaria para que las partes, o en su defecto el juez, puedan aplicar dichas medidas con el objeto de evitar que el daño ambiental denunciado siga acrecentándose o manteniéndose durante el tiempo en que transcurre el proceso.

A continuación analizaremos en lo pertinente la norma en comento:

“Artículo 23.- De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado, el tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento”.

El primer inciso de la norma establece expresamente la posibilidad de que la tutela cautelar sea de naturaleza innovativa, es decir, se permite dictar medidas que otorguen provisionalmente lo que los litigantes piden en forma principal, y por lo tanto, modificando el estado de hecho existente. Este avance implica una evolución en cuanto a las características clásicas de las medidas cautelares que ya enunciamos, pues la medida cautelar puede ser exactamente idéntica a lo que se fallará en la sentencia definitiva.

“El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del juicio o antes de su tramitación y por el plazo que estime conveniente. Podrá disponerlas de oficio o a petición de parte. En este último caso resolverá de plano o con citación mediante resolución someramente fundada”.

El inciso segundo del artículo 23 del proyecto, permite decretar medidas atípicas incluso antes de la presentación de la demanda, lo cual recalca el carácter de urgente de estas medidas, para evitar en forma rápida y efectiva las dramáticas consecuencias del daño ambiental. Consideramos que esta medida se consolida como una medida efectiva en cuanto a la protección y preservación del patrimonio ambiental, debido a la posibilidad de ser decretada rápidamente frente a un hecho dañoso.

“Cuando se soliciten estas medidas el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal podrá exigir caución al actor particular, por un monto no superior a cien unidades tributarias mensuales, para responder de los perjuicios que podrían originarse”.

En cuanto a la acreditación del *fumus boni iuris*, el artículo 23 del proyecto exige al solicitante de la medida comprobantes del derecho reclamado en los mismos términos que lo hace el artículo 298 CPC, sin embargo innova en cuanto a que permite acompañar antecedentes relativos a los hechos denunciados, lo que a nuestro entender permite solicitar una medida cautelar apenas detectado un episodio de daño ambiental, sentando las bases para interponer la acción de reparación ambiental, pero permitiendo a los afectados solicitar primeramente el cese de la actividad dañosa para evitar así un mayor menoscabo del elemento medioambiental dañado.

En cuanto a la caución exigida al solicitante de la medida para hacer frente a los perjuicios que puedan provocarse como consecuencia de la aplicación de la misma, el inciso tercero del artículo 23 del proyecto de ley, mantiene el carácter facultativo de dicha garantía, pues utiliza el término “podrá”, sin embargo, limita el monto que puede ser solicitado, el cual no puede superar las cien Unidades Tributarias Mensuales, lo cual resulta ser un aliciente en pro del acceso a la justicia de los ciudadanos, puesto que se impide legalmente, el establecimiento de una caución exorbitante.

“Deducida oposición o pedido el alzamiento, escritos a los que debe adjuntarse la prueba documental que se estime pertinente, el Tribunal la pondrá en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida.

En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental. Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa”.

La regulación de las medidas cautelares innominadas en este nuevo articulado es sin duda, considerablemente amplia, alcanzando incluso a los incidentes que se generen con motivo de su alzamiento, y limitando la prueba que se puede rendir en dicha oportunidad, a la estrictamente documental, posiblemente por razones de celeridad y economía procesal.

“La cautela innovativa sólo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Si el Tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda”.

Si bien en el primer inciso se establece expresamente la posibilidad de decretar medidas innovativas, se restringe su procedencia a aquellos casos en que el daño sea verosímil en cuanto a su inminencia e irreversibilidad. Dicha indicación fue formulada por la Honorable Senadora señora Soledad Alvear, con el objeto de proteger al demandado de acusaciones infundadas, y con ello perjudicar su actividad productiva.

XII. COMENTARIO FINAL

La nueva reforma a la institucionalidad ambiental, y en especial en lo que respecta a la creación de los tribunales ambientales constituye un avance considerable para nuestro ordenamiento jurídico, dotándolo de instituciones y herramientas necesarias para otorgar protección a los ciudadanos en materia de medio ambiente, a través de organismos eficientes y mecanismos efectivos, con lo cual se fortalece el acceso a la justicia ambiental y la seguridad jurídica, permitiendo que las partes que se enfrenten en conflictos ambientales puedan optar a una solución pronta y legítima, a través de una forma considerablemente distinta a cómo eran llevados los juicios de connotación ambiental bajo la vigencia de la normativa anterior, cuyos procedimientos ante los tribunales civiles se extendían por largos años, tiempo durante el cual, el daño ambiental que motivaba la reclamación de los demandantes se volvía absolutamente irreversible, y por tanto, toda posibilidad de reparación en naturaleza se volvía imposible.



La nueva normativa ambiental permitirá equiparar las desiguales condiciones de las partes que se enfrentan en los recurrentes conflictos ambientales que se generan en nuestro país y que pronto serán conocidos por los nuevos tribunales ambientales, dotando a la ciudadanía de las herramientas necesarias para hacer valer sus derechos a través de mecanismos técnicos adecuados y herramientas jurídicas acorde al conflicto ambiental, permitiendo a los demandados, generalmente económicamente más poderosos que los demandantes, optar a una solución conforme a derecho, mediante una defensa justa y una decisión fundada.

En cuanto a las normas procedimentales, la incorporación del Art. 23 en el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales resalta y desarrolla una herramienta efectiva, que en forma desafortunada se encuentra actualmente en desuso, pues como ha sostenido la doctrina, es probablemente la indeterminación y temor a la arbitrariedad lo que evita que los jueces las apliquen, perdiendo así toda posibilidad de desarrollo jurisprudencial, el cual resultaba necesario para configurar una normativa sólida y jurídicamente segura para los litigantes.

Bajo este nuevo escenario, caracterizado por una regulación minuciosa y certera, se espera un amplio desarrollo jurisprudencial que justamente fortalezca la seguridad jurídica respecto a los nuevos tribunales ambientales, y aumente considerablemente las posibilidades de restaurar el elemento medioambiental afectado producto de un daño ambiental, mejorando así la calidad de vida de las personas, tanto individual como comunitariamente.

Creemos que la regulación de las medidas cautelares atípicas mediante el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales enriquece la institucionalidad en los términos que hemos señalado en los párrafos anteriores, y da cuenta de la valoración hecha por el legislador respecto de la utilidad que posee esta herramienta de acción inmediata frente a los daños ambientales, que es justamente lo que hemos sostenido a lo largo de este trabajo, y por ende reafirma las consideraciones que hemos expuesto y defendido.

GUERRA LÍCITA: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y OTROS MÉTODOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

Matthew P. Thomas *

I. INTRODUCCIÓN

La economía es cada día más globalizada y así también, las medidas de protección del medio ambiente han ido evolucionado hacia un sistema en el cual teóricamente todos los gobiernos y empresas son responsables de indemnizar por los daños ambientales que puedan causar en el mundo. Este sistema de protección además requiere que los actores realicen una evaluación de las posibles consecuencias ambientales de cualquier actividad o proyecto antes de que empiecen a desarrollarse. Esto, porque la comunidad internacional reconoce que hay daños ambientales que son irreparables y entiende también que es necesario proteger los recursos naturales que hoy están disponibles para el hombre, ya que éstos son limitados.

Lo anterior es aplicable a todas las actividades lícitas que se desarrollan, salvo en el caso de las actividades bélicas. La protección ambiental en torno a la guerra es aún incipiente y lamentablemente no existe ningún instrumento internacional que regule específicamente este tema. De hecho, no hay ninguna norma internacional que obligue a los Estados a hacer una evaluación de su impacto ambiental.¹

En términos generales, los únicos instrumentos que exigen la realización de un estudio de impacto ambiental (EIA)² son los contemplados en leyes nacionales y en ciertos tratados bilaterales o multilaterales. Sin embargo, no todos los ordenamientos nacionales consideran la evaluación de los impactos ambientales de carácter transfronterizo –aspecto esencial en una guerra– y en cuanto a los instrumentos internacionales, si bien hay algunos que sí exigen evaluar los posibles daños transfronterizos, pero ninguno se refiere específicamente a las actividades bélicas.

La única norma internacional que regula el impacto ambiental de la guerra es el

* Abogado, Washington University in St. Louis, admitido en la barra de Massachusetts. En la elaboración y traducción del presente artículo colaboraron FIMA y especialmente Gabriela Burdiles Perucci y Rodrigo Polanco Lazo, a quienes agradezco su inmenso apoyo.

1 La opinión de la CIJ en el caso de Uruguay v. Argentina establece que, bajo el derecho internacional consuetudinario, podría ser obligatorio para los Estados hacer evaluaciones de los impactos ambientales que generan daños transfronterizos, sin embargo la Corte no señaló los fundamentos de esta postura. *Infra* n. 21.

2 Actualmente 45 países son signatarios y han ratificado la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, firmado en Espoo (Finlandia), el 25 de febrero de 1991, (1989 UNTS 309, 30 ILM 800 (1991)). Este tratado obliga que los Estados miembros a hacer un EIA por cada actividad que probablemente generará efectos transfronterizos adversos. Sin embargo, no se mencionan las actividades relativas a la guerra, como la venta de armas, operaciones de mantenimiento de la paz, o la operación de bases militares. Los Estados miembros pueden consultar entre ellos y decidir mutuamente hacer un EIA por otras actividades no mencionadas en el Anexo 1 de dicho Tratado, pero es necesario el consentimiento de los dos países.



Derecho Internacional Humanitario, que prohíbe “*el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural*”.³ Además, el Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla en su artículo octavo como un crimen de guerra, la infracción a dicha norma.⁴ Hasta el momento, ninguna persona, Estado o empresa, ha sido acusado por un crimen ambiental de guerra.

Los potenciales métodos de protección del impacto ambiental respecto de la guerra, pueden dividirse en seis categorías, todas las cuales tienen diferentes niveles de protección: desarrollo de armas, producción de armas, venta de armas, operaciones de mantenimiento de la paz, guerras de agresión, y mantenimiento militar. De esas categorías las únicas que requieren un EIA, en la mayoría de los países, son el desarrollo y producción de armas, y el mantenimiento militar.

Respecto de la venta de armas, no existe ningún instrumento de internación que limite la venta de armas convencionales en general, tampoco respecto del daño que puedan causar al medio ambiente. Además, cada país tiene su propio sistema para aprobar la venta de armas y ninguno exige la elaboración de un estudio de impacto ambiental.⁵

En relación a las operaciones de mantenimiento de la paz, las medidas que protegen al medioambiente en normas internacionales (tratados y derecho internacional consuetudinario) dependen de si el conflicto armado tiene carácter nacional o internacional.⁶ Si las operaciones de mantenimiento de paz se hacen con el consentimiento del país, podría decirse que no existe ningún conflicto armado internacional y la única protección ambiental es la que se contempla en las leyes nacionales. Sin embargo, si las operaciones de mantenimiento de la paz se llevan a cabo sin el consentimiento del país ocupado, probablemente con autorización de Naciones Unidas, el conflicto sería de carácter internacional y el medio ambiente estaría protegido por el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma). Esas normas son las mismas que se aplican a las guerras de agresión. Esto no implica la legalidad de la guerra, significa que en todo caso, el país que está en guerra no puede alterar el medio ambiente, causando daños “*extensos, duraderos y graves*”. Aunque esa regla existe en el texto de dichos instrumentos internacionales, como ya lo hemos señalado, nadie ha sido acusado de un crimen de guerra por daño al medio ambiente.

Pese a que es necesario hacer evaluaciones de impacto ambiental respecto de casi todas las actividades que se desarrollan en el mundo, en relación a las bases militares extranjeras,⁷ los gobiernos afirman en general, que existe una excepción a sus propias regulaciones, principalmente porque exigir esto implicaría una violación

3 Art. 35 N° 3 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I).

4 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Art. 8 N° 2 b (iv), 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 90, reimpresso en 37 I.L.M. 999 (entró en vigencia el 1 de julio de 2002).

5 Ver Informe del Secretario General de Naciones Unidas titulado, “Hacia un tratado sobre el comercio de armas: establecimiento de normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales”, A/63/334, (26 de agosto de 2008).

6 Aurelie Lopez, Criminal Liability for Environmental Damage Occurring in Times of Non International Armed Conflict: Rights and Remedies, (Primavera 2007), 18 Fordham Envtl. Law Rev., pp. 231, 232.

7 En este artículo, por “mantenimiento militar” nos referiremos a la reparación y posesión de las bases militares en todo el mundo.

de la soberanía del país anfitrión.⁸ Para hacer una evaluación de este tipo, el país extranjero tendría que obtener y analizar información respecto del medio ambiente del Estado anfitrión, lo que significaría una violación de su derecho soberano para actuar y disponer de sus recursos naturales en la manera que éste desee. El resultado es que las fuerzas armadas generalmente están exentas de la obligación de analizar el impacto de sus bases militares en el medio ambiente, cuando esas bases están ubicadas fuera del país.

Aún cuando no hay mucha regulación en esta materia, existen algunas alternativas posibles para ampliar la protección ambiental de la guerra. Algunas de esas alternativas ya existen pero todavía no se han implementado. Por ejemplo, en la Unión Europea y en Estados Unidos es necesario hacer un estudio del impacto ambiental respecto de las actividades del gobierno.⁹ En el caso de Estados Unidos, el Acta Nacional de Protección Ambiental (NEPA por sus siglas en inglés) es la que regula este tema y exige realizar un EIA, pero sin considerar los efectos transfronterizos. Posteriormente, una orden ejecutiva del presidente amplió los requisitos de la NEPA para cubrir este tipo de efectos, sin embargo, esa orden específicamente excluye la venta de armas y las acciones militares armadas.

En el caso, de la Unión Europea también se excluyen las actividades militares de la obligación de hacer un EIA, quedando a discreción de cada país si regular esas acciones o no.¹⁰ También existen algunas propuestas para la celebración de nuevos acuerdos comerciales y protocolos internacionales destinados a limitar la venta de armas y también para la protección del medio ambiente ante posibles daños causados por guerras. Sin embargo, las propuestas existentes para establecer limitaciones al comercio de armas no consideran como un criterio a evaluar, los daños al medio ambiente que éstas puedan causar.¹¹ Por otro lado, algunos tratados comerciales que exigen que las EIA consideren los potenciales impactos transfronterizos, no se refieren explícitamente a las ventas de armas y tampoco al uso posterior de éstas. Es por esto que es necesario ampliar el alcance de la EIA para incluir los potenciales efectos del uso de las armas después de su venta, ya que la legislación vigente sólo abarca los efectos ambientales inmediatos de éstas y no hay ningún requisito para considerar los efectos secundarios o hipotéticos.

Ante estos vacíos legales, la alternativa más viable para proteger el medio ambiente, es la responsabilidad civil y criminal.

En 1789, Estados Unidos promulgó la "Alien Tort Claims Act" (ATCA por sus siglas en inglés),¹² la que otorga jurisdicción a los tribunales de los Estados Unidos para que conozcan demandas civiles de extranjeros en contra de ciudadanos nacionales y extranjeros.

8 Margot Laporte, *Being All it Can Be: A Solution to Improve the Department of Defense's Overseas Environmental Policy*, 20 *Duke Envtl. L. & Pol'y F.* 203, 210 (2010); George H. Keller, *Greenpeace USA v. Stone: The Comprehensive Environmental Impact Statement and the Extraterritorial Reach of NEPA* 14 *U. Haw. L. Rev.* 751, 792 (1992).

9 42 U.S.C. § 4321-4370a (1988); Jeffrey E. Gonzalez-Perez & Douglas A. Klein, *The D.C. Circuit Review: September 1992 – August 1993: Environmental Law: The International Reach of the Environmental Impact Statement Requirement of the National Environmental Policy Act*, 62 *Geo. Wash. L. Rev.* 757, 758 (1994); 2001 D.O. (L 197) 30.

10 Directiva del Consejo 85/337/EEC, art. 1(5) 1985 D.O. (L 175).

11 *Supra*, nota 5.

12 28 U.S.C. § 1350 (2006).



En contraste con lo anterior, la mayoría de los Estados no tienen jurisdicción para conocer demandas presentadas por extranjeros en contra de otros extranjeros, pero en algunos países de Europa sí existen algunas vías para que los extranjeros puedan demandar a sus nacionales, por acciones que éstos desarrollan en el extranjero, cuando, por razones prácticas o legales, no existe ninguna posibilidad de llevar esos casos a la jurisdicción del país donde se originó el daño.¹³ El efecto es que los extranjeros pueden, por ejemplo, demandar a una empresa multinacional por daños civiles causados por violaciones al derecho internacional.¹⁴

Pese a que, hasta el momento, no se ha demandado a ningún fabricante de armas, que por su negligencia haya ocasionado daños injustificados (incluidos daños ambientales), no hay ninguna razón para establecer *a priori* que esto no pueda pasar en el futuro. Además, el derecho penal internacional codificado en los Estatutos de Roma¹⁵ prohíbe el uso de armas que causen “daños extensos, duraderos y graves” al medio ambiente. Es evidente que existen ciertas limitaciones en cuanto a la aplicación de este Estatuto y, que como ya se ha señalado, hasta la fecha, ninguna persona ha sido acusada por un crimen ambiental de guerra ante un tribunal internacional.¹⁶ Debido a lo anterior, bajo la regulación vigente, la manera más efectiva de proteger al medio ambiente será que los tribunales obliguen a los demandados a indemnizar a la gente que sufre daños. Si efectivamente se exigiera a las empresas multinacionales que indemnizaran a las víctimas por los daños que causan las armas que ellos fabrican y si además, se acusara a los responsables de cometer un crimen ambiental de guerra, seguramente esas empresas y personas responsables van a preferir desarrollar acciones preventivas de manera de limitar los eventuales daños que puedan ocasionarse con sus armas.

II. ETAPAS DE UNA GUERRA LÍCITA QUE PUEDEN AFECTAR AL MEDIO AMBIENTE

A. Desarrollo y fabricación de Armas

El desarrollo o diseño de armamento es el primer paso en el uso de armas en una guerra y posiblemente este paso sea la primera línea de defensa en contra de los daños injustificados al medio ambiente, que son causados por armas que fueron diseñadas sin este resguardo. Sin embargo, el desarrollo de armamento no está cubierto expresamente por ninguna norma que obligue a hacer estudios de impacto ambiental.

¹³ Inglaterra no tiene una ley del tipo de la ATCA, pero el derecho común establece que los tribunales pueden conocer los casos en que el demandado pueda ser notificado dentro de esa jurisdicción. El demandante podrá presentar una demanda ante un tribunal de Inglaterra por infracciones al derecho internacional que generen responsabilidad civil, tales como lesiones causadas por daños ambientales ilícitos durante una guerra, cuando el demandado ha sido notificado dentro de su jurisdicción. El ordenamiento jurídico de Francia permite a los demandantes presentar una demanda civil junto con una acción penal en el sistema *partie-civil*. Sin embargo, no es tan fácil perseguir la responsabilidad civil en este sistema en comparación con el sistema de Inglaterra, pero es una manera posible para perseguir la responsabilidad de un nacional de Francia que ha causado un agravio en una jurisdicción extranjera. Bahareh Mostajelean, *Foreign Alternatives to the Alien Tort Claims Act: The Success (or is it Failure?) of Bringing Civil Suits Against Multinational Corporations that Commit Human Rights Violations*, 40 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 497 (2008).

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Supra*, nota 4.

¹⁶ López, *supra*, nota 6.

A pesar de este vacío, las prácticas militares modernas sí tienen en cuenta las consecuencias del uso de armas durante un conflicto armado, por lo que generalmente, contienen directrices para limitar el daño ambiental.¹⁷ Por ejemplo, el Departamento de Defensa de Estados Unidos ha promulgado una orden que obliga a todos los comandantes a que realicen una evaluación del impacto respecto de cada acción que pueda causar graves daños al medio ambiente, dichas acciones incluyen las operaciones militares.

Ahora bien, los informes o estudios de impacto ambiental, para el desarrollo de armas no son obligatorios, pero es probable que los militares de EE.UU y de otros países, prefieran hacer una evaluación previa del impacto ambiental que puedan ocasionar las armas antes de invertir en su desarrollo.

De todos modos, esta evaluación está exenta de divulgación pública por una cuestión de seguridad nacional, así como cada programa de desarrollo de armas.¹⁸

En cambio, si es obligatorio realizar una evaluación del impacto ambiental para cualquier prueba de armamento y para la fabricación de armas. Así ocurre en EE.UU y en la Unión Europea, donde cada acto del gobierno debe ir acompañado de un EIA,¹⁹ así como la decisión de probar nuevas armas. Por ejemplo, la NEPA obliga a hacer un EIA para el desarrollo y la fabricación de armas, pero esa EIA sólo considera los efectos inmediatos de ese programa y los efectos ambientales de probar esas armas, por lo que no mide las eventuales consecuencias ambientales del uso de las armas en una guerra.²⁰

Las leyes de la mayoría de los países que venden armas en el mundo, no exigen realizar una evaluación de los daños eventuales del uso de las armas sobre el medio ambiente, sino que sólo contemplan los riesgos directos del desarrollo y la fabricación de armas. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia en la caso sobre las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay, ha reconocido implícitamente que no es obligatorio "evaluar los riesgos remotos o puramente especulativos".²¹

En cuanto a la aplicación de estas normas, los tribunales de Estados Unidos han interpretado la NEPA de manera que ésta sólo se aplica a actividades desarrolladas dentro del país. También, la ley de la Unión Europea sólo requiere que los Estados miembros consulten con sus Estados vecinos en caso de que una determinada acción pueda tener un impacto potencial al medio ambiente del otro país.

No obstante, como ya se ha adelantado, ninguna de estas normas obliga a realizar una EIA tomando en cuenta las consecuencias eventuales del uso de armas durante un conflicto armado.

¹⁷ Laporte, *supra*, nota 8, páginas 206-07.

¹⁸ *Weinberger v. Catholic Action of Haw.*, 454 U.S. 139, 145 (1981) ("[T]he public's interest in ensuring that federal agencies comply with NEPA must give way to the Government's need to preserve military secrets.").

¹⁹ ONU, *supra*, nota 5.

²⁰ Ver por ejemplo: Department of the Army, Programmatic Environmental Assessment for the Fabrication, Assembly and Manufacturing of Weapon Systems Platforms at Joint System Manufacturing Center-Lima (2008); U.S. Army Environmental Command, Programmatic Environmental Assessment Unmanned Aerial Systems Training and Testing at U.S. Army Installations, Draft, (2010).

²¹ *Celulosa en el Río Uruguay* (Arg. v. Uru.) (Int'l Ct. Justice 23 Abril 2010), párrafo 203.



B. Venta de Armas

El mercado de armas carece aún de una normativa en el ámbito internacional. En cambio, en el ámbito nacional este mercado tiene una alta regulación, aunque no existe ninguna limitación específica en relación al medio ambiente.

La estructura del mercado internacional de armas es tal, que la protección ambiental es teóricamente posible, sin embargo hasta este momento no existen medidas de control vinculantes a nivel internacional sobre el mercado de armas. En esta situación sólo se aplican las leyes nacionales y algunas normas de derecho internacional que no son vinculantes, resultando un mosaico de normas, ninguna de las cuales tiene en cuenta el daño al medio ambiente.

El mercado internacional de armas está altamente concentrado. Los cinco primeros exportadores, en cualquier año, generalmente son los Estados Unidos, Rusia, Alemania, Francia e Inglaterra.²² Actualmente no existe ningún acuerdo internacional vinculante que regule la venta de armas convencionales.²³ Diversos tratados proscriben la posesión, uso, o venta de determinadas armas tanto por razones humanitarias como ambientales.²⁴ Sin embargo, actualmente sólo leyes nacionales rigen la venta de armas convencionales. La Unión Europea tiene un protocolo que rige la venta de armas, pero es una norma de aplicación voluntaria.²⁵ Las únicas restricciones legalmente vinculantes sobre la venta de armas son las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que imponen embargos de armas como sanciones a determinados países u organizaciones.²⁶

El proceso de compra de armas en el mercado internacional, difiere de un Estado a otro. En 1996, un grupo de naciones interesadas adoptó el Arreglo de Wassenaar que es el primer acuerdo multilateral sobre la venta de armas y productos de doble uso.²⁷ Este arreglo es una norma de *soft law* cuyo objetivo es fomentar en los Estados participantes que controlen la exportación de armas convencionales y los productos con doble uso que puedan provocar una acumulación de armas que cause inestabilidad en las regiones más vulnerables del mundo. En general, Wassenaar es un acuerdo de reparto de información que requiere de cada Estado reportar las exportaciones de armas y la denegación de las solicitudes de exportación, dos veces al año.²⁸ El Arreglo de Wassenaar también mantiene una lista común de productos para los que los Estados deben mantener controles eficaces de exportación y

22 Paul Holtom and Mark Bromley, *The International Arms Trade: Difficult to Define, Measure, and Control*, Arms Control Association (julio/agosto 2010), <http://www.armscontrol.org/print/4306> (07/07/2011).

23 ONU, *supra*, nota 4, página 12.

24 Tratado de No Proliferación Nuclear, abierto a la firma el 1 de Julio de, 1968, 21 U.S.T. 483, 729 U.N.T.S. 161; Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su Destrucción, 23 Nov. 1993, S. Treaty Doc. No. 103-21, 1974 U.N.T.S. 45, disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-3&chapter=26&lang=en; Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su destrucción, 10 de abril de 1972, 26 U.S.T. 583, 1015 U.N.T.S.163, 11 I.L.M. 309.

25 Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas, 2009 D.O. (C 66) 48.

26 Mostajeleian, *supra*, nota 12, página 6.

27 Wassenaar Arrangement Secretariat, *Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies: Basic Documents* (2011), <http://www.wassenaar.org/publicdocuments/2011/docs/WA-DOC%20%2811%29%20001%20-%20Basic%20Documents%20-%20January.pdf> (07/07/2011).

28 *Id.*

para los que los Estados deben reportar sus ventas.²⁹ Los Estados exportadores individualmente mantienen una lista conforme a los productos que requieren una licencia de exportación. El comercio internacional de estos productos debe ser reportado a los otros signatarios de Wassenaar.

Los procesos en cada Estado para hacer cumplir esos controles de exportaciones varían significativamente. En los Estados Unidos, existen dos opciones para exportar productos militares: las ventas comerciales directas y las ventas militares al extranjero (FMS).³⁰ Para hacer una venta comercial directa de armas, cualquier extranjero o ciudadano de los Estados Unidos tiene que postular para obtener una licencia de exportación. Existen tres procesos diferentes de exportación. Si el producto es un producto de doble uso (civil y militar), el país de importación tiene que postular en el Departamento de Comercio. Si el producto es equipos de defensa, el Departamento de Estado tiene que emitir la licencia de exportación. Finalmente, si la venta es de equipos de defensa con valor superior a cinco millones de dólares, dependiendo del tipo de venta, el Departamento de Estado tiene que notificar al Congreso. El Congreso tiene la opción para anular la emisión de la licencia al aprobar una ley.³¹ Los militares de Estados Unidos pueden hacer una venta directa de productos militares que se llama "*Foreign Military Sales*" (FMS en sus siglas en inglés). En ese tipo de transacción un gobierno extranjero contrata directamente con los militares de los Estados Unidos para comprar armas. Después, Estados Unidos puede suministrar los productos desde su inventario o puede contratar con un fabricante privado para suministrar los productos. La ventaja del programa FMS es que el país importador tiene el beneficio de la experiencia militar de los Estados Unidos para hacer contratos con fabricantes, y también puede juntar sus compras con las de Estados Unidos y así recibir descuentos y beneficiarse de una economía de escala. La desventaja es que el país importador no tiene un vínculo contractual con el fabricante, sino que sólo tiene una relación contractual con el gobierno de los Estados Unidos.³²

En la Unión Europea no existen regulaciones vinculantes para las exportaciones de armas convencionales, pero sí se han adoptado ciertos criterios contenidos en el denominado "*Code of Conduct on Arms Export*".³³ Este Código es una guía para cada Estado miembro para evaluar todas las peticiones de exportaciones de armas convencionales o productos de doble uso de acuerdo a ocho criterios.³⁴ Además, tal como el Acuerdo de Wassenaar, el Código exige también a los Estados miembros

29 Wassenaar Arrangement Secretariat, Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies: Control Lists <http://www.wassenaar.org/controllists/index.html> (07/07/2011).

30 Ver 22 U.S.C. §§ 2751-96d (2000).

31 22 C.F.R. §§ 120-30 (2010).

32 Sec'y of State for Def. v. Trimble Navigation Ltd., 484 F.3d 700 (4th Cir. 2007).

33 Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas DO C 167 de 1.6.1998, p. 226.

34 Id. Criterio 1: "Respeto de los compromisos internacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en particular las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las decretadas por la Comunidad, los acuerdos de no proliferación y otros temas, así como otras obligaciones internacionales." Criterio 2: "Respeto de los derechos humanos en el país de destino final." Criterio 3: "Situación interna del país de destino final, en términos de la existencia de tensiones o conflictos armados." Criterio 4: "Mantenimiento de la paz, la seguridad y la estabilidad regionales." Criterio 5: "Seguridad nacional de los Estados miembros y de los territorios cuyas relaciones exteriores son responsabilidad de un Estado miembro, así como de los países amigos y aliados." Criterio 6: "Comportamiento del país comprador frente a la comunidad internacional, en especial por lo que se refiere a su actitud frente al terrorismo, la naturaleza de sus alianzas y el respeto del Derecho Internacional." Criterio 7: "Existencia del riesgo de que el equipo se desvíe dentro del país comprador o se reexporte en condiciones no deseadas." Criterio 8: "Compatibilidad de las exportaciones de armas con la capacidad económica y técnica del país receptor, teniendo en cuenta la conveniencia de que los Estados satisfagan sus necesidades legítimas de seguridad y defensa con el mínimo desvío de recursos humanos y económicos para armamentos."



informar a los otros países, los rechazos de licencias de exportación. Por ser una norma no vinculante, cada miembro de la Unión Europea es libre para adoptar leyes diferentes con el propósito de cumplir el Código. Esas leyes pueden ser iguales o más restrictivas que las del Código y de hecho, los controles de exportación en cada Estado miembro varían un poco en ese sentido. En general, un órgano del gobierno debe emitir una licencia de exportación y eso es similar a las normas existentes en Estados Unidos. Sin embargo, una diferencia es que en EE.UU el Congreso puede anular una licencia de exportación, y esa facultad no existe en los países de Europa. Francia tiene un sistema de control de armas que cumple con el código de conducta de la UE, pero es significativamente diferente al sistema de los Estados Unidos. Dos pasos son necesarios para exportar armas desde Francia. Primero, una pre-aprobación que se debe dar por el Secretario General de la Defensa Nacional. Una vez que se ha obtenido la pre-aprobación para exportar los productos, debe concederse una licencia por el Director General de Aduana, pero sólo después de la recomendación del Ministerio de Defensa, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Economía, el Ministerio de Finanzas e Industria, y del Secretario General del Defensa Nacional, en nombre del Primer Ministro.³⁵

Rusia tiene un régimen similar para la exportación de armas. Sin embargo, el funcionamiento del sistema ha sido criticado por ser demasiado laxo. El Ministerio de Defensa concede licencias de exportación para productos militares, tales como armas y productos con doble uso, y el Ministerio del Economía Desarrollo y Comercio (MEDT) otorga licencias de exportación para productos no militares. El examen que realizan los órganos del gobierno en este proceso, es frecuentemente criticado por ser demasiado indulgente y porque las armas de Rusia muchas veces terminan en los mercados prohibidos por las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU.³⁶

China tiene una compleja estructura de control de armas con algunas agencias encargadas de emitir licencias de exportación, y múltiples agencias que deben revisar la solicitud. El Ministerio de Comercio es el departamento que, en general, aprueba la exportación de productos militares, incluidas armas convencionales y la mayoría de productos con doble uso. Además, la Agencia de Energía Atómica de China (CAEA) es la que tiene competencia para conceder las licencias de exportación para tecnología nuclear. Esas licencias primero deben ser aprobadas por el Ministerio de Comercio y luego por la CAEA. Finalmente, la Oficina de Implementación de la Convención Sobre Armas Químicas tiene jurisdicción sobre la exportación de productos que se enumeran en la convención. Aparte de esas tres oficinas, hay algunos órganos de decisión política que pueden participar en la aplicación y el examen de las decisiones de exportación.³⁷

Todas las mencionadas normas de exportación han sido diseñadas para prevenir la proliferación de armas destinadas a desestabilizar regiones vulnerables del mundo, llegando a convertir esos conflictos en guerras. Sin embargo, ninguna de esas

35 El Control de las Exportaciones de Armamentos, France Diplomatie, http://www.diplomatie.gouv.fr/es/accion-francia_217/desarme-y-control-armas_3858/desarme_394/el-control-las-exportaciones-instrumento-prevencion_2496/el-control-las-exportaciones-armamentos_5567.html?var_recherche=exportaci%F3n+armas (17/07/2011).

36 Russia: Export Control Overview, Nuclear Threat Initiative (24 Abril 2003), <http://www.nti.org/db/nisprofs/russia/excon/excon.htm> (17/07/2011).

37 China's Export Control-related Bodies, Nuclear Threat Initiative, (24 de Octubre 2003) <http://www.nti.org/db/china/exconbod.htm> (17/07/2011).

regulaciones sobre exportación de armas tiene en cuenta los efectos ambientales de su venta, ni tampoco toma en consideración las consecuencias de su uso. Ninguno de los países mencionados requiere una EIA y tampoco existe ninguna agencia que tenga la responsabilidad de controlar y tomar en consideración las consecuencias al medio ambiente.

No obstante este vacío legal, dado que las normas de exportación de armas ya existen, entonces el costo de analizar los efectos ambientales de esta actividad sería mínimo, pero hasta la fecha no existe ninguna de tales normas.

C. Mantenimiento de la Paz y Guerras de Agresión

Siempre la guerra ha destruido el medio ambiente y las acciones que lo destruyen para obtener una ventaja militar no son novedades modernas. Los Escitas quemaron sus campos cuando los Persas los persiguieron en siglo VI a.C., y Roma salvó la tierra de Cartago en siglo II a.C. Ejemplos modernos incluyen la destrucción de la represa Huayuankow en China, el ataque con gas venenoso en Verdún en la Primera Guerra Mundial, y el uso de "Agente Naranja" para defoliar grandes áreas de vegetación en Vietnam.³⁸

La protección contra el daño ambiental durante operaciones de mantenimiento de la paz y guerras agresivas tienen su origen en derecho internacional humanitario que se desarrolló como una consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Como se ha señalado, el primer instrumento para proteger el medio ambiente durante una guerra es el Protocolo Adicional Número Uno de los Convenios de Ginebra.³⁹ Este Protocolo fue adoptado en 1977 y establece por primera vez la responsabilidad de un Estado por los daños que provoque al medio ambiente. El segundo instrumento internacional que protege del daño ambiental durante la guerra, es el también citado Estatuto de Roma de 1998. Ninguno de los dos estatutos ha sido ratificado universalmente, sin embargo, en la actualidad el Protocolo Adicional Número Uno puede ser considerado como derecho internacional consuetudinario, vinculante para todas las naciones, independientemente de si han firmado o no el protocolo.⁴⁰

Generalmente el principio que subyace en los crímenes internacionales de guerra contra el medio ambiente es el de proporcionalidad. En todas las acciones militares, el daño al medio ambiente (también de todos los objetivos civiles), debe sopesarse con la ventaja militar que se espera obtener de alguna acción.⁴¹ Además, para que el daño tenga la calidad de un crimen internacional, éste debe ser extenso, duradero y grave. Esos requisitos constituyen verdaderos obstáculos para lograr un enjuiciamiento penal, y como hemos señalado hasta la fecha ninguna persona ha sido procesada por un crimen de guerra contra el medio ambiente.

Otro problema de la protección actual del medio ambiente durante la guerra es que el Protocolo Primero exige que se trate de un conflicto armado internacional. Esto porque, el derecho internacional humanitario siempre ha distinguido entre conflictos

³⁸ ONU, *supra*, nota 5, página 237.

³⁹ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, Protocolo I, 8 junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 3.

⁴⁰ Lopez, *supra*, nota 6.

⁴¹ *Id.* página 247.



internacionales y conflictos no internacionales. Los conflictos internacionales tienen una regulación más estricta en relación a la protección de los derechos humanos, en cambio la regulación para los conflictos no internacionales es mínima. Salvo cuando se trata de un derecho humano que trasciende el derecho internacional positivo y constituye una norma de *jus cogens* aplicándose también a conflictos armados no internacionales.⁴²

Muchos de los conflictos actuales no tienen un carácter internacional.⁴³ Todavía se discute en la doctrina, la decisión del TPIY (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia) donde se estableció que muchas operaciones armadas no eran conflictos internacionales porque no existía ningún conflicto entre dos países, sino que sólo existía un conflicto al interior de un país en contra de un grupo minoritario.⁴⁴ Así, la participación de una tercera nación para asistir al Estado durante una guerra civil no cambiaría necesariamente el carácter fundamental del conflicto.⁴⁵ Esto porque el país permite y dirige la operación de los militares extranjeros dentro de sus fronteras. Este tema aún es muy discutido en el derecho internacional, donde el respeto de la soberanía de los Estados y la protección de los derechos humanos se encuentran en conflicto.⁴⁶

A la luz de estas deficiencias, una Quinta Convención de Ginebra sobre la protección del medio ambiente fue propuesta y discutida en 1991, pero esta propuesta no tiene prácticamente ningún apoyo,⁴⁷ aunque demuestra la relevancia del tema.

D. Mantenimiento Militar

Por mantenimiento militar nos referimos a la presencia y uso de bases militares extranjeras, a la instalación de fuerzas militares en el extranjero y al entrenamiento de esas fuerzas. En este ámbito existe el mismo problema que se presenta en el caso del desarrollo, producción y venta de armas. Generalmente no se exige la realización de una EIA de aplicación extraterritorial. El código de la Unión Europea sobre EIA sólo requiere una consideración extraterritorial cuando el proyecto podría producir efectos significativos en otro Estado miembro.⁴⁸ Así también, el estatuto NEPA de Estados Unidos se ha interpretado de modo de que este no se aplica a actividades extraterritoriales porque esto atenta contra la soberanía del otro país.⁴⁹

Estados Unidos es el país que tiene más fuerzas militares en el extranjero. Las fuerzas armadas de EE.UU cuentan con una política ambiental que exige realizar estudios de impacto ambiental por cada acción que pueda afectar significativamente al medio ambiente. Sin embargo, las actividades que se desarrollan en el extranjero no se rigen por las políticas ambientales estadounidenses, sino que dependen

42 ONU, supra, nota 5, página 232.

43 Id.

44 James G. Stewart, Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict, 850 Int'l Rev. Red Cross 315, 335 (junio 2003), disponible en http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_850_stewart.pdf (17/07/2011).

45 Id.

46 Id. página 316.

47 Rymn Parsons, The Fight to Save the Planet: U.S. Armed Forces, "Greenkeeping," and Enforcement of the Law Pertaining to Environmental Protection During Armed Conflict, 10 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 441, 474-75 (1998).

48 Directiva del Consejo 2001/42 (EC).

49 Digan, Thomas E., NEPA and the Presumption Against Extraterritorial Application: the Foreign Policy Exclusion, 11 J. Contemp. Health L. & Pol'y 165, 181 (1994).

de las normas ambientales del país anfitrión y de cómo este las implementa. Es decir, pese a que el país anfitrión tenga leyes ambientales estrictas, si estas leyes no son fiscalizadas, las fuerzas armadas probablemente las ignorarán. Incluso, si esas leyes ambientales son estrictas y fiscalizadas, aún así queda a discreción de los comandantes, determinar la necesidad de hacer una EIA, y esta decisión no puede ser cuestionada por el país anfitrión.⁵⁰ Además, como se mencionó anteriormente, no existe norma internacional consuetudinaria o tratado internacional que regule la protección ambiental para proteger el medio ambiente del daño que puede causar una nación extranjera.

Cabe mencionar que en el caso chileno, la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente⁵¹ establece en su artículo 22 que los proyectos del sector público se someterán al sistema de evaluación de impacto ambiental y se sujetarán a las mismas exigencias técnicas, requerimientos y criterios de carácter ambiental aplicables al sector privado, salvo tratándose de instalaciones militares de uso bélico. En estos casos las Fuerzas Armadas se regirán por sus propias normativas, en el marco de los objetivos de la ley. Es decir, respecto de estas instalaciones ni siquiera existe una obligación a nivel de derecho local de someterlas a EIA.

III. POSIBLES VÍAS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

En la actualidad, no hay una adecuada protección ambiental a nivel internacional para las actividades propias de la guerra. A pesar de este panorama, es posible sostener que existen algunas alternativas para proteger el medio ambiente en estos casos. Esos métodos incluyen las evaluaciones de impacto ambiental y perseguir la eventual responsabilidad civil y penal.

Como se mencionó anteriormente, hoy no existe una obligación de evaluar de impacto ambiental de la guerra, no obstante es posible ampliar los tratados existentes que regulan la venta y fabricación de armas de manera de exigir una evaluación de impacto ambiental de estas mismas actividades.⁵² Además, en la actualidad en todos los países de los exportadores de armas más importantes, existen sistemas de evaluación de impacto ambiental respecto de otro tipo de actividades, por lo que no sería costoso aplicar este mismo sistema a la fabricación y venta de armas. Sin embargo, como todos los temas de seguridad nacional, los distintos intereses políticos podrían ser un obstáculo para su discusión.

⁵⁰ Laporte, supra, nota 8, página 210-11.

⁵¹ Ley No 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1994.

⁵² Celulosa en el Río Uruguay (Arg. v. Uru.), supra n.21. En este caso, la CIJ ha dicho que las evaluaciones de impacto ambiental podrían considerarse como obligatorias bajo el derecho internacional consuetudinario, cuando existe un riesgo de que la actividad industrial propuesta tenga un impacto adverso y significativo en un contexto transfronterizo, en particular, respecto de un recurso compartido. Así, Uruguay y Argentina han acordado que es obligatorio hacer una EIA antes de la aprobación de la construcción de la Celulosa en el río que comparten, sobre la base de un tratado celebrado en 1975. Sin embargo, la declaración de la CIJ fue meramente especulativa, puesto que sólo tiene importancia para la resolución de este caso. En el caso de las ventas de armas, el país afectado es parte del contrato, por eso es difícil que la CIJ aplique la mencionada regla de derecho internacional consuetudinario y que obligue a un Estado exportador a hacer una EIA respecto de la venta de armas a la otra parte contratante. La declaración de la CIJ sólo se refiere a eventuales efectos adversos transfronterizos ocasionados a otros Estados que no son parte de la operación. De este modo, los Estados que forman parte de un contrato de venta sólo estarán obligados a cumplir las normas internas respectivas. (Párrafo 204).



A. Enjuiciamiento Penal

El enjuiciamiento penal es una de las soluciones internacionales viables para proteger el medio ambiente durante un conflicto armado. El Estatuto de Roma codifica la prohibición de los ataques que puedan causar daños excesivos contra el medio ambiente.⁵³ A la fecha, 110 naciones son Estados Partes en el tratado de la Corte Penal Internacional (CPI). Eso da a la CPI jurisdicción sobre cualquier conflicto armado si está involucrado un Estado Parte o si el conflicto ocurre en el territorio de un Estado Parte. Además, el Consejo de Seguridad de la ONU puede dar jurisdicción a la CPI en relación a cualquier conflicto armado, en virtud del Capítulo Séptimo de la Carta de Naciones Unidas, pese a que éste no se lleve a cabo dentro del territorio de un Estado que no es parte.

La CPI es la primera corte internacional permanente, y con 110 Estados partes en el tratado, puede afirmarse que la jurisdicción de la CPI es bastante amplia. La Corte tiene la posibilidad de provocar una revolución en la protección del medio ambiente, ya que cuenta con una jurisdicción sin precedentes sobre todos los crímenes de guerra, incluso los crímenes de guerra contra el medio ambiente. No obstante, existen dos obstáculos respecto de su rol en la protección del medio ambiente durante una guerra.

El primer inconveniente es que la definición de crimen de guerra contra el medio ambiente es muy restringida. El segundo obstáculo es la tradicional distinción entre conflictos internacionales y conflictos no internacionales. Esa distinción limita la aplicación de la prohibición de daños al medio ambiente.⁵⁴

El artículo octavo, N° 2, letra b, N° iv del Estatuto de Roma prohíbe los "*daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea*".⁵⁵ Esa frase utiliza el ilativo "y", lo que significa que el daño tiene que ser copulativamente todo lo anterior: extenso, duradero y grave. Además, aún si el daño tiene estas características, todavía puede ser justificado en virtud del derecho de la guerra si es que no es excesivo. Todo ello en virtud del principio de proporcionalidad.

Las referidas limitaciones explican por qué nadie ha sido acusado de un crimen contra el medio ambiente ante ninguna corte internacional.

B. Responsabilidad Civil: Del Estado

La responsabilidad civil es el método más factible para proteger el medio ambiente durante una guerra. Hay dos sujetos que pueden tener responsabilidad civil por daños al medio ambiente causados durante un conflicto armado: el Estado y las empresas fabricantes de armas.

⁵³ Supra, nota 4.

⁵⁴ Id. a página 245.

⁵⁵ Id.

Generalmente los Estados tienen inmunidad soberana, lo que significa que no pueden ser demandados civilmente ante un tribunal sin su consentimiento. No obstante, es común que los Estados renuncien a su inmunidad respecto de daños causados por actividades en el extranjero. De este modo, los Estados dan su consentimiento mediante la promulgación de una ley que entrega una solución a la parte agraviada por daños causados por ese Estado.

Para presentar una demanda fuera de la jurisdicción de los tribunales de ese Estado, el tribunal debe ser competente para conocer la causa y también poder ejecutar la resolución en su jurisdicción. Las demandas viables en ese sentido, sólo son aquellas en las cuales se alega la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional. En la actualidad, la única corte competente para conocer una causa de ese tipo es la Corte Internacional de Justicia, pero el Estado parte debe dar su consentimiento respecto de la competencia de la Corte.

En virtud de las normas del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, un Estado es obligado a responder por todos los actos ilícitos que causen daño a otros.⁵⁶ En este caso, el Estado víctima tiene el derecho de: exigir al Estado responsable que detenga la ejecución de los actos ilícitos, la reparación del daño, a recibir una indemnización, y solicitar que se le garantice que dicho acto no volverá a ocurrir. El problema con respecto al uso de armas durante la guerra es que la doctrina sobre Responsabilidad del Estado exime los actos de resistencia a la agresión de conformidad a la Carta de Naciones Unidas (CNU). Quizás esa defensa no sea aplicable a una guerra como la de Irak de 2003, pero seguramente será aplicable a los usos de la fuerza autorizados por el derecho internacional como en el caso de Afganistán y Yugoslavia. Por esta razón, incluso en la doctrina de la responsabilidad del Estado, el daño ambiental causado por una "guerra lícita" no puede ser reclamado legítimamente contra el Estado culpable.

Además, hay otra limitación, de acuerdo con la doctrina de la Responsabilidad del Estado, que exige que el demandante sea un Estado, dejando a las personas a merced de su propio gobierno la decisión de reclamar la reparación en contra del Estado culpable. Estos requisitos no permiten aumentar la protección del medio ambiente durante un conflicto armado por esta vía.

En los Estados Unidos, el gobierno ha renunciado a su inmunidad soberana en algunas instancias como al promulgar la ATCA, la Ley de Reclamos Militares, Ley de Reclamaciones de Acuerdos Internacionales, la Ley de Reclamaciones de Almirantazgo, la Ley de Reclamaciones Civiles Federales, y la Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental (CERCLA por sus siglas en inglés).⁵⁷ Mediante esas leyes EE.UU renuncia a la inmunidad soberana y por lo tanto, permite que se entablen demandas en contra del gobierno de los Estados Unidos en sus propios tribunales. Esto incluye la responsabilidad del Departamento de Defensa por todos los daños al medio ambiente causados en sus actividades.

En el caso de CERCLA, tal como se mencionó en el caso de la NEPA, no se aplica

⁵⁶ Gregg Anthony Cervi, *War Wrecks and the Environment: Who's Responsible for the Legacy of War? A Case Study: Solomon Islands and the United States*, 14 J. Envtl. L. & Litig. 351, 376 (1999).

⁵⁷ Id.: 361-69.



a hechos ocurridos fuera del país. Eso significa que no puede presentarse una demanda civil en contra de Estados Unidos en un tribunal de ese país, por daños que han ocurrido en el extranjero.⁵⁸

Todo el resto de las mencionadas normas contienen exenciones explícitas a los daños ocurridos durante conflictos armados. Entonces, independientemente de que el daño al medio ambiente haya sido causado por un acto de guerra ilícito o lícito, Estados Unidos conservará su inmunidad soberana. Es por esto que, como se ha señalado, la única manera de poder demandar a Estados Unidos es si ese gobierno da su consentimiento para someterse a la jurisdicción de la CPI.

C. Responsabilidad Civil: Empresas Privadas

La otra alternativa para perseguir la responsabilidad civil es demandar a las empresas privadas. Algunos académicos han sostenido que cuando las empresas han sido cómplices de crímenes de guerra, lo que incluye el daño del medio ambiente, éstas tienen responsabilidad civil respecto de los daños causados por las armas fabricadas por ellos.⁵⁹

Como vimos, Estados Unidos promulgó la ATCA, la que permite a los extranjeros presentar demandas en ese país por infracciones a cualquiera de sus leyes, o al derecho internacional.⁶⁰ Algunas limitaciones prácticas a esta ley incluyen la incompetencia del tribunal (*o forum non-conveniens*) y la falta de jurisdicción de ejecución. En todo caso, si una corporación se encuentra en EE.UU, como un fabricante de armas, no estará sujeta a las limitaciones anteriores.

En algunos países de Europa también es posible presentar demandas civiles en contra de los fabricantes de armas locales. Ninguno de estos Estados cuentan con una ley similar a la ATCA, no obstante, esa ley no es necesaria para que un extranjero pueda presentar una demanda en contra de una empresa local. En el caso de Inglaterra se puede presentar una demanda civil de manera parecida que en Estados Unidos porque ambos tienen un sistema jurídico similar. En el caso de Francia y otros países que tienen derecho continental estas normas no son similares.⁶¹ En aquellos países, la manera más fácil para indemnizar a las víctimas es presentando junto con la demanda civil una acción penal en el sistema como *partie civile (parte civil)*. En ese sistema la víctima puede aprovechar la experiencia de la fiscalía en la acción penal y sus recursos. No obstante, es difícil perseguir crímenes de guerra contra el medio ambiente y por eso en estos países probablemente no se va a brindar una protección adecuada a las víctimas que quieren hacer responsable a las corporaciones multinacionales.

Debido a que países como Estados Unidos e Inglaterra, tienen mayores facilidades para perseguir la responsabilidad por daño ambiental, ese sistema debe ser la fuente

⁵⁸ Laporte, *supra*, nota 8: 228-29.

⁵⁹ Ver, Gwynne Skinner, *Nuremberg's Legacy Continues: The Nuremberg Trials' Influence on Human Rights Litigation in the U.S. Courts Under the Alien Tort Statute*, 71 *Alb. L. Rev.* 321; Elise Catera, *Note, Closing the Gap in Corporate Liability for Environmental War Crimes*, 33 *Brooklyn J. Int'l L.* 629, 653-54 (2007).

⁶⁰ *Supra*, nota 12.

⁶¹ Mostajelean, *supra*, nota 13.

de las normas que se aplican a los fabricantes de armas. Sin embargo, ellos no son los actores principales en la guerra, ya que sólo son los proveedores de los medios para hacer la guerra, y es difícil perseguir su responsabilidad como si el daño fuera un acto intencional, a menos que se pueda probar que ellos son cómplices en el acto, pero eso es una cuestión de hecho. En cambio, es más fácil establecer su responsabilidad civil por negligencia en relación a la fabricación y venta de armas.⁶²

Para poder establecer la negligencia, el ordenamiento jurídico de Estados Unidos distingue cinco elementos: una acción libre de un sujeto capaz, deber de cuidado, relación causal con el hecho, relación causal con proximidad y el daño. La ventaja de la negligencia es que no es necesario probar la complicidad ni tampoco la existencia de un crimen de guerra para perseguir la responsabilidad a una corporación.

La acción imputable es fácil establecerla porque los productores de armas son quienes diseñan y venden sus armas. La relación causal con el hecho se establece porque si los Estados no tienen armas, no podrán causar daños. Entonces, sin la acción de las empresas, tales daños no pueden ocurrir. Por ejemplo, si un productor de bombas de racimo no las hubiera diseñado ni fabricado, no quedarían en el campo de Afganistán miles de bombetas sin explotar, dejando la tierra inutilizable y no se ocasionarían muertes y daños a civiles. Esos daños ocurrieron debido a que era fácil confundir las bombetas con sacos de ayuda alimentaria, ya que ambos iban envueltos con el mismo color.⁶³ En el mismo sentido es posible establecer la existencia del daño.

No es claro cual es el deber de cuidado que tiene un fabricante de armas. Es evidente que las armas matan y causan lesiones a las personas, pero la cuestión es en qué medida un fabricante de armas tiene el deber de reducir los daños colaterales que causan sus armas. En el caso de las bombas de racimo, la cuestión es si los fabricantes tienen el deber de limitar la cantidad de bombetas para reducir el daño al medio ambiente. Para responder a esta pregunta será necesario considerar las reglas del derecho internacional. De acuerdo con estas reglas, existe una prohibición de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente.⁶⁴ No obstante, esa frase nunca ha sido definida por algún tribunal internacional, pero es claro que esa norma establece un deber de cuidado para todos los que participan en una guerra, incluso para los productores de armas. En el caso de las bombas de racimo, los fabricantes han diseñado un arma que produce 20 bombetas sin explotar por cada 100 bombetas lanzadas. En este caso, podría decirse entonces que los fabricantes incumplen su deber de cuidado.

El gran obstáculo para establecer la negligencia es el concepto de *proximate cause* (*causa próxima*), el que significa que no se podrá establecer la culpabilidad si en la generación del daño interviene una causa imprevista que sustituye al incumplimiento del deber de cuidado. Por ejemplo en el caso de la Guerra de Afganistán, los fabricantes de armas que vendían las bombas de racimo pintaban cada una de sus bombetas de un color amarillo fácilmente visible. El problema es que muchas

62 David Simonsz, In Search of International Tort Law: Civil Liability of Arms Manufacturers for Indirect Sales to Embargoed Conflict Zones, (Octubre 2007) http://www.up.ac.za/dspace/bitstream/2263/5847/1/simonz_2007.pdf (07/07/2011).

63 Radio Warns Afghans Over Food Parcels, BBC News (28 de octubre 2001), http://news.bbc.co.uk/2/hi/world/monitoring/media_reports/1624787.stm (07/07/2011).

64 Estatuto, supra, nota 4.



bombetas quedaron en el terreno sin explotar y posteriormente los militares dejaron caer en el mismo lugar la ayuda alimentaria envuelta en un plástico del mismo color, lo que generó múltiples muertes y lesiones en la población y daño al medio ambiente. En este caso es posible señalar que el uso simultáneo del color amarillo en alimentos y bombetas es la causa que interviene en la muerte de los civiles ya que esto provocó la confusión entre las bombetas y la ayuda alimentaria.⁶⁵ Este ejemplo es válido para todos los daños causados por armas, porque el uso de dichas armas por los militares es la causa que interviene para provocar el daño. Este es el argumento que protege por ejemplo, a los fabricantes de pistolas en Estados Unidos respecto de su posible responsabilidad civil por el uso posterior de las pistolas para cometer crímenes.⁶⁶

En cuanto al daño ambiental provocado por el uso de armas, en la mayoría de los casos no será posible sostener tal argumento. Esto porque un fabricante de armas vende sus armas con el conocimiento de que probablemente éstas serán utilizadas por los militares. Incluso muchas de las ventas se hacen con el conocimiento de que las armas se utilizarán en una guerra ilegal. Es decir, las armas son vendidas con un propósito previsible y el uso de las armas para tal propósito es también previsible. En el caso de las bombas de racimo, las bombas son diseñadas tanto para “objetivos duros” como para “objetivos blandos”. Según el fabricante, las bombetas tienen un porcentaje de falla hasta del treinta por ciento.⁶⁷ Ese porcentaje es previsible y por lo tanto es previsible el daño que se puede provocar al medio ambiente por causa de bombetas sin explotar.

Entonces tenemos que, tal fabricante ha realizado una acción libre consistente en vender las armas; además, tiene el deber de cuidado que consiste en prevenir posibles daños ambientales de acuerdo con el derecho internacional; el fabricante ha causado un daño al vender las armas porque sin bombas de racimo, no existirían los daños provocados al medio ambiente; también ha infringido su deber de cuidado al diseñar y vender armas que no cumplen con las normas del derecho internacional humanitario y es culpable porque pudo prever el daño que podrían causar sus armas al momento de venderlas; por último, el daño ha ocurrido porque las bombetas sin explotar quedaron repartidas en el terreno dañando al medio ambiente. De este modo, es posible afirmar que la teoría de la responsabilidad civil es aplicable al caso de daño ambiental, sin embargo, hasta el momento, ningún caso de este tipo ha sido sometido ante los tribunales de Estados Unidos por aplicación de la ATCA, ni tampoco ante tribunales de otros países.

Otro obstáculo para perseguir la responsabilidad civil de los fabricantes de armas es el ya mencionado programa de ventas de armamento militar de Estados Unidos hacia el extranjero (FMS en sus siglas en inglés). Estados Unidos es el mayor exportador de armas en el mundo y como ya se ha explicado, dentro de sus programas de exportación existen dos opciones para comprar armas: directamente al fabricante con una licencia de exportación, o directamente a las fuerzas militares. Los militares de Estados Unidos están autorizados para vender armas directamente a los extranjeros y frecuentemente ayudan a otros países a comprar armas nuevas. La cuestión en

⁶⁵ Trimble, *supra*, nota 32.

⁶⁶ Ver *Copier by & Through Lindsey v. Smith & Wesson Corp.*, 138 F.3d 833, 837 n.3 (10th Cir. Utah 1998).

⁶⁷ *The Cluster Bomb Controversy*, BBC News (3 abril 2003), http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/2912617.stm (17/07/2011); *Cluster Bombs in Afghanistan: Human Rights Watch Background*, Human Rights Watch, October 2001, available at <http://www.hrw.org/background/arms/cluster-bck1031.pdf> (17/07/2011).

relación con la aplicación de ley civil es si la presencia de una tercera parte va a afectar o no la responsabilidad del fabricante en relación a una persona que ha sido dañada por causa de armas mal diseñadas. En el caso "*Defense v. Trimble Navigation Limited*",⁶⁸ la Corte de Apelaciones sostuvo que el comprador extranjero no tiene una relación contractual con el fabricante de armas y por lo tanto no puede demandar la reparación por un incumplimiento del contrato. No obstante, eso no es aplicable totalmente a la responsabilidad civil. En Estados Unidos, el derecho civil establece la responsabilidad de los fabricantes por todos los usos previsibles de sus productos, sin importar si la demandante tiene una relación contractual o no. El obstáculo principal es si el fabricante puede prever ese uso particular. Esto requerirá de un examen respecto de las circunstancias de cada caso concreto. En los contratos de FMS celebrados entre el gobierno de los Estados Unidos y el fabricante, nunca se señala quien es el comprador final. Por ejemplo, si las armas finalmente son vendidas a los rebeldes en el conflicto de Libia, es poco probable que el fabricante tenga responsabilidad civil por el mal uso de estas porque no pudo prever que estas armas serían utilizadas por fuerzas que no tienen entrenamiento militar. Sin embargo, si por ejemplo, estas armas son vendidas al Ejército de Francia, su uso puede ser previsible, así como los daños que puedan causar.

D. Obstáculos para Perseguir la Responsabilidad Civil ante los Tribunales de Estados Unidos

Teóricamente, las acciones mencionadas son opciones viables para perseguir la responsabilidad civil de quienes infringen el derecho internacional de la guerra. Sin embargo, la realidad de los tribunales de Estados Unidos quizás sea diferente. Los tribunales han establecido dos barreras para las demandas dirigidas en contra de los fabricantes de armas: (1) Inmunidad de los fabricantes que contratan con militares y (2) Una interpretación estricta del derecho internacional consuetudinario. No existe ningún precedente respecto de una demanda presentada en contra de un fabricante de armas por la comisión de crímenes ambientales de guerra. Sin embargo si existe un precedente en relación con el uso del químico defoliante "Agente Naranja" durante la guerra de Vietnam en 1970. En el caso "*Vietnam Association for Victims of Agent Orange v. Dow Chemical Co.*",⁶⁹ ciudadanos vietnamitas presentaron una demanda en contra de Dow Chemical y otros fabricantes de "Agente Naranja" por infracción al derecho internacional, a la ley civil de Estados Unidos y a las leyes del estado de Nueva York.⁷⁰ Dentro de los hechos denunciados se incluyen el asalto, agresión y también negligencia.

Conforme a la ATCA los tribunales de Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer este caso. Así, el tribunal competente en este caso sobrepasó la causa en base a dos argumentos: Primero, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "*Boyle v. United Technologies Corp.*",⁷¹ sostuvo que los contratistas tienen inmunidad en cuanto a su responsabilidad civil en virtud del principio de "la defensa de los contratistas del gobierno", si (1) el gobierno de los Estados Unidos ha entregado especificaciones técnicas razonablemente precisas; (2) si el producto

⁶⁸ Trimble, supra, nota 32.

⁶⁹ 517 F.3d 104 (2nd Cir. 2008).

⁷⁰ Id.: 113.

⁷¹ 487 U.S. 500 (1988).



esta conforme a las especificaciones; y (3) si el fabricante advirtió al gobierno de los posibles peligros de su uso.⁷² En segundo lugar, la Corte Suprema sostuvo que las normas internacionales existentes al momento en que se usó el “Agente Naranja” no prohibían el uso de herbicidas químicos defoliantes en la guerra.

Esta “inmunidad” de los contratistas es respecto de todas las demandas por violaciones al derecho civil cuando las armas han sido diseñadas y usadas por las fuerzas armadas de los Estados Unidos. Sin embargo, no existen precedentes de la aplicación de dicha inmunidad en relación a ventas realizadas a gobiernos extranjeros. Es por esto que los daños causados por armas vendidas a gobiernos extranjeros si podrían permitir demandar la responsabilidad civil del contratista en Estados Unidos. En ese sentido, quizás haya una diferencia entre los contratos de FMS y los contratos de venta de armas a gobiernos extranjeros. En este último caso, si el gobierno de EE.UU es el intermediario de la venta, puede sostenerse que éste es responsable de la venta de armas al extranjero en el mismo sentido en que es responsable por el uso de las armas por parte de las fuerzas armadas de Estados Unidos. Entonces, en el caso de un contrato de FMS celebrado por Estados Unidos no será posible demandar la responsabilidad civil de los fabricantes, ya que la inmunidad soberana impediría tal reclamación. En cambio si la venta es una venta directa al gobierno extranjero, no se aplica esta defensa a los contratistas del gobierno.

Las demandas civiles dirigidas en contra de los contratistas del gobierno generalmente son sobreesidas por la Corte Suprema en virtud de la mencionada inmunidad, pero esa defensa no es aplicable en relación con infracciones a derecho internacional en aplicación de la ATCA.⁷³ Sin embargo, en el caso sobre la utilización del “Agente Naranja”, la Corte sobreesió la causa en atención al derecho internacional vigente, ya que en ese momento, el derecho internacional no prohibía el uso de ese químico, utilizado para eliminar el follaje que escondía a las fuerzas vietnamitas.⁷⁴

Esa conclusión es aún controvertida, pero en todo caso, lo importante es que la opinión de la Corte Suprema hace posible la presentación de demandas en el futuro en contra de fabricantes que efectivamente violen el derecho internacional de la guerra.

En ese escenario, la dificultad será que como hemos visto, los tribunales de Estados Unidos son bastante estrictos con respecto a la interpretación y aplicación del derecho internacional. En este sentido, el precedente del caso sobre el uso de “Agente Naranja” dificulta la presentación de futuras demandas, pero tampoco hace imposible el éxito de ellas.

E. Responsabilidad Contractual

La regulación y la protección ambiental es aún débil en cuanto al comercio internacional de armas y a la guerra, pero no existe ningún impedimento legal como para que los Estados contratantes puedan exigir garantías ambientales en sus

⁷² Id.: 512.

⁷³ Supra, nota 67: 114.

⁷⁴ Id.

contratos como un requisito para la compra de armas.

La motivación para establecer dicha cláusula podría ser la indignación de la opinión pública por los diferentes daños que se han causado al medio ambiente por el uso de armas en las guerras. Además, es posible que los Estados estén también preocupados de su seguridad y deseen limitar los eventuales daños a su propio territorio, que resulten por el uso de armas al interior de éste. Cualquiera sea la motivación, esta manera de proteger el medio ambiente requiere de la voluntad del Estado contratante, en cambio, las acciones mencionadas en los párrafos anteriores son directamente obligatorias para el Estado.

Un contrato estándar de armas incluye ciertas garantías de rendimiento y limitaciones de responsabilidad. La garantía de rendimiento podría ser ampliada para incluir una garantía de que el uso de las armas no dañará al medio ambiente de una manera poco razonable. Generalmente, la medida de la exigibilidad de esas cláusulas dependerá del tipo de venta y en cual país esté el fabricante. Si la venta no es realizada directamente al gobierno, tal como en el programa FMS de Estados Unidos, el Estado que está importando no tendrá ningún vínculo contractual con el fabricante, sino que solo tendrá un contrato con el Estado que exporta.⁷⁵ En estas circunstancias, el gobierno del país que exporta es el único responsable en virtud del contrato.

En relación con el programa FMS, existen ciertas limitaciones de responsabilidad favorables al gobierno de Estados Unidos. En general, ningún tribunal tiene jurisdicción en el país para decidir un caso relativo a un contrato, en el marco del programa FMS. Además, en este programa existe una cláusula obligatoria que prohíbe al Estado que importa, demandar a Estados Unidos ante una corte internacional.

Otra opción es solicitar una compensación ambiental.⁷⁶ La compra de armas es frecuentemente, un tema sensible para los gobiernos, por ello, existen diferentes tipos de compensaciones destinadas a proveer algunos beneficios económicos al Estado que importa las armas, a fin de que la opinión pública y la voluntad política sean favorables a la compra.

Este tema es muy discutido en la doctrina sobre el valor de la compensación en general, ya que la mayor parte de los autores critican el uso de compensaciones en las ventas de armas.⁷⁷ Esto porque frecuentemente se exageran los beneficios que se incluyen en las cláusulas de los contratos para así fomentar el apoyo de la opinión pública y después de celebrado el contrato, los fabricantes generalmente no los cumplen. También, se critica que las compensaciones ambientales son nada más que distracciones políticas para asegurar el apoyo de la gente.

El mayor problema es que estas compensaciones son ofrecidas con la intención de equilibrar los daños que causan las armas y al no ser cumplidas, se está permitiendo con esto, dañar sin mayores resguardos, el medio ambiente. Las autoridades al

⁷⁵ Ver Trimble, *supra*, nota 32.

⁷⁶ Mark J. Nackman, A Critical Examination of Offsets in International Defense Procurements: Policy Options for the United States, 40 *Pub. Cont. L.J.* 511, 513 (2011).

⁷⁷ *Id.* nota 17.



creer que los fabricantes van a compensar los eventuales daños al medio ambiente, seguramente estarán menos preocupadas al momento de comprar o usar las armas.

IV. CONCLUSIÓN

En la actualidad existe un vacío en el derecho internacional respecto de la protección del medio ambiente en cuanto a la fabricación, compra, y uso de armas durante las guerras. No existe la obligación de hacer una evaluación del impacto ambiental para la venta y uso posterior de las armas, tampoco se establece la obligación de evaluar el impacto ambiental de nuevas tecnologías armamentistas al momento de su diseño.

La única regulación respecto de esta materia en el derecho internacional, son las normas del derecho internacional humanitario, pero como vimos aún es bastante débil. El derecho penal internacional sólo establece ciertos recursos una vez ocurridos los daños, tales como las indemnizaciones o la acción penal. Así, las empresas privadas podrían ser responsables por su negligencia cuando los daños que provocaron las armas que ellas vendieron son "excesivos", sin embargo, tales demandas hasta el momento, no han tenido éxito ante ningún tribunal. Un ejemplo de aquello es lo ocurrido en el caso de los tribunales de Estados Unidos, los cuales han establecido verdaderos obstáculos para poder perseguir la responsabilidad por estos daños. Pese a esto, creemos que todavía existe la oportunidad de demandar con éxito en algunos casos, conforme se ha explicado.

La protección ambiental en materia de guerra proviene entonces, principalmente de los ordenamientos jurídicos nacionales. Un ejemplo de esto es la política del Departamento de Defensa de los Estados Unidos que exige efectuar evaluaciones de impacto ambiental respecto de distintas actividades militares. Estas evaluaciones se llevan a cabo sin participación ciudadana, por ello esta protección es aún débil.

Hay muchas alternativas posibles para ampliar la protección internacional respecto de las consecuencias de la guerra sobre el medio ambiente. La amenaza internacional más potente son las demandas civiles que pueden presentarse en contra de las empresas privadas. Esto porque el riesgo de que un fabricante de armas pueda ser responsable por las consecuencias de la guerra es un incentivo poderoso. Además, la responsabilidad civil es una alternativa viable políticamente para perseguir la responsabilidad de los perpetradores de crímenes de guerra, por los daños ambientales que hayan causado. Esto se explica porque como ha ocurrido hasta la fecha, la persecución penal de los crímenes de guerra es un tema sensible y es difícil que por ejemplo, algún político de Estados Unidos o de cualquier país occidental poderoso, sea acusado por un crimen de guerra ante la CPI.

Por lo tanto, en la práctica, la responsabilidad civil es la única medida de protección realista, ya que si las personas, fabricantes de armas, o Estados son obligados a indemnizar a las víctimas de sus acciones, en el futuro, ellos serán más cuidadosos con el medio ambiente.



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



DERECHO DE DOMINIO Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL

¿NUEVOS PARADIGMAS DESDE EL DERECHO AMBIENTAL?

Álvaro Fuentealba Hernández*

Comentario de jurisprudencia. Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema en autos Rol N° 4668-2010, sobre acción constitucional de protección: alteraciones al medio ambiente por Planta Faenadora de Cerdos en la Región de Valparaíso, de propiedad de Expo Pork Meat Chile S.A., en el Valle de Casablanca.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las constataciones que cualquier jurista atento debe hacer al observar la realidad jurídica en el mundo, es que tratándose de materias ambientales, las categorías tradicionales de la dogmática no son suficientes para dar respuesta a las interrogantes que plantea a los órganos decisorios en materia de grandes proyectos de inversión el problema de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”.¹

Me refiero en específico al conocimiento dogmático que rodea el derecho de propiedad. La concepción de la propiedad, que a lo menos desde el Digesto en adelante hemos aprendido en las escuelas de derecho de tradición jurídica romano canónica, ha implicado más de mil años de entender este derecho como justificación para “usar y disponer de la cosa arbitrariamente”. Las limitaciones a este ejercicio arbitrario, que en todo caso está referido al *razonable arbitrio*, como los humanistas clásicos y los neopandectistas del siglo XIX nos aclararon posteriormente, son altamente difusas y casi ni se enseñaban: se puede usar la cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno. Tales asertos aparecen como una obviedad irrelevante de provocar reflexión.

La economía neoclásica y el materialismo histórico desplegaron su campo de batalla en torno a la propiedad románica. El triunfo del “sacrosanto derecho de propiedad”, como lo llamaron los revolucionarios franceses, pareció imponerse definitivamente con la caída de los socialismos reales.

En nuestro medio, tímidamente planteado en la Constitución, se alza otro límite, que ha sido escasamente invocado: la función social de la propiedad. En efecto, el inciso segundo del número vigésimo cuarto del artículo 19 de la Carta Política señala:

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y Magíster en Derecho de la Universidad de Chile. Profesor del Departamento de Ciencias del Derecho y Director de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Fue Jefe de Gabinete de la Ministra de Medio Ambiente, entre 2006 y 2010.

¹ Brañes Ballesteros, Raúl. El Derecho para el Desarrollo Sostenible en la América Latina de Nuestros Días. En Revista de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Año II, N° 2, marzo 2006, p. 22.



“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”

La conservación del patrimonio ambiental aparece, entonces, como una de las limitaciones y obligaciones del ejercicio de la propiedad. Tal limitación, establecida conceptualmente en la Constitución, debe ser necesariamente complementada, ya sea por el legislador, el jurista o el juez.

Pero la batalla definitiva contra el concepto romano de propiedad, que otorga al titular del derecho facultades prácticamente ilimitadas en su ejercicio, parece haberse ganado a nivel fáctico más que jurídico. En efecto, existe la conciencia cada vez más creciente acerca de que los bienes y medios de producción son escasos y el planeta, con todos los recursos que provee para la subsistencia humana, contrariamente a lo que se pensaba y escribía hasta hace muy poco tiempo, puede agotar su capacidad para sostener la vida humana en la forma y con la deriva cultural con que la conocemos hasta hoy.

Por ello, la limitación por “el derecho ajeno” ya no está referida únicamente a la limitación de deslindes del predio vecino, o de derechos de propiedad equivalentes, o servidumbres o derechos limitativos del dominio, etc. La limitación por el derecho ajeno, se refiere a un derecho fundamental, de titularidad difusa, adjudicable genéricamente a la humanidad, y que es derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Aquí el lector podrá haber encontrado lugares comunes que a título conceptual requieren desarrollo. En primer término la definición legal de los parámetros de contaminación aceptables es una tarea que al legislador le compete acometer para definir cuáles serán los límites de la tolerancia jurídica a los inevitables impactos del modelo de desarrollo industrial y meta industrial que se ha impuesto en todo el mundo.

Una vez resueltos esos límites o los procedimientos para fijarlos, los actores del proceso productivo tendrán certezas para interactuar en el mundo económico, intervenir los recursos, explotar y desarrollar sus actividades, y en consecuencia, el derecho de propiedad (de la tierra y los demás medios de producción) resurgirá como medio de justificación de dichas acciones: si soy dueño de este terreno, puedo desarrollar cualquier emprendimiento honesto, siempre que no traspase los límites legales de contaminación.

Hasta ahí, todo parece tener grados de certezas adecuados. Pero es una mera ilusión. El problema se produce cuando varios actores detentan títulos equivalentes y deben compartir el territorio. Surge entonces, un nuevo problema: ¿debe el Estado intervenir para definir a priori qué cosas pueden hacerse en un predio, y qué cosas no, de acuerdo a las *vocaciones* que diversos espacios territoriales, por elementos culturales u otros, hayan definido?

El problema del ordenamiento territorial surge entonces para dar cuenta de estas necesidades. Exhibe defensores entusiastas y detractores enérgicos. Y en nuestro país hemos vivido en reiteradas oportunidades el problema de la ausencia o precariedad de nuestros instrumentos de planificación territorial. En el gobierno de la Presidenta

Bachelet se optó por abandonar la idea de una ley de ordenamiento territorial, aceptando implícitamente la ineptitud del Estado para definir a priori los usos del territorio. En su reemplazo se inició la discusión, con interesantes proyectos pilotos, para el establecimiento de una gestión integrada de cuencas hidrográficas², en base a un modelo cooperativo en que todos los actores relevantes de la cuenca definen las vocaciones territoriales y compatibilicen las actividades productivas en armonía con el medio ambiente, en la convicción que los espacios locales debe ser definidos por sus usuarios y no centralizadamente desde un lejano Estado con sede capitalina.

¿Pueden coexistir en el borde costero una planta termoeléctrica y una caleta de pescadores artesanales? ¿Un plantel de cerdos y una viña con modelo exportador y externalidades turísticas? ¿Una hidroeléctrica y emprendimientos turísticos fluviales? ¿Una industria química y un parque de juegos para niños?

El sistema de evaluación de impacto ambiental ha debido resolver casos análogos, sin norma alguna que le permita avocarse esas problemáticas, y en más de una oportunidad los tribunales de justicia han tenido que hacerse cargo de los conflictos de intereses que se enfrentan para dar cauce a los diversos usos del territorio. Todos arguyen el derecho de propiedad como elemento justificatorio terminal. Es justamente en esos casos en que se ha evidenciado la inutilidad justificatoria del derecho real de dominio.

Analizaremos una sentencia que ha debido hacerse cargo, del problema que presenta el tener un valle con vocación vitivinícola y turística, sin instrumento jurídico alguno que terminantemente permita excluir otro tipo de actividades, con un titular del derecho de dominio sobre un emprendimiento legítimo, una planta faenadora de cerdos, supuestamente con tecnología de punta e impactos ambientales ínfimos.

La sentencia que se analizará la dicta la Corte Suprema, y se enmarca en un proceso de formación de jurisprudencia nueva, que, a lo menos desde la sentencia del caso Campiche en adelante, el máximo tribunal ha sentado. Me refiero a la declaración respecto de que la potestad jurisdiccional puede adentrarse en el juicio de mérito material de la potestad administrativa.³ En efecto, la sentencia analiza el fondo del asunto y realiza un juicio de mérito de la realidad fáctica, para, en razón de ella, calificar la ilegalidad de la resolución de la autoridad administrativa.

Pasaremos revista a este y otros elementos interesantes de la sentencia.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

El caso se origina en un proyecto que se somete al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental. El proyecto consiste en una Planta Faenadora de Cerdos, en el Valle de Casablanca, cuyo titular es la empresa *Expo Pork Meat Chile S.A.*

2 Uriarte Rodríguez, Ana Lya. Exigencias, Desafíos y Oportunidades Medioambientales para el Chile del Bicentenario. En Revista de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Año III, N° 3, marzo 2006, p. 221

3 Ferrada Culaciati, Francisco. Comentario de Jurisprudencia sobre caso Campiche. En Revista Justicia Ambiental, N° 2, mayo 2010, p. 337.



Con fecha 28 de julio de 2008 la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Región de Valparaíso calificó desfavorablemente el proyecto, fundándose en que dadas sus características, la única forma de evaluar si afectaba la vocación turística de la zona, y las sinergias del turismo con la actividad vitivinícola, que podría eventualmente ser afectada por la actividad industrial proyectada, era someterlo a un Estudio de Impacto Ambiental y no a una Declaración.⁴

El titular del proyecto presentó un recurso de reclamación ante el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), solicitando se dejara sin efecto la resolución de la COREMA y se calificase favorablemente, en consecuencia, el proyecto.

Con fecha 25 de agosto de 2009, por Resolución Exenta N° 4.986, el Director Ejecutivo de la CONAMA resolvió acoger el recurso de reclamación interpuesto por el titular del proyecto.

Contra esa resolución administrativa, varias personas y entidades, entre ellos la Asociación de Empresarios Vitivinícolas del Valle de Casablanca A.G. dedujeron acción constitucional de protección por infracción a las garantías constitucionales establecidas en los números 1°, 8°, 21 Y 24 del artículo 19 de la Constitución, señalando que de no someter el proyecto a Estudio de Impacto Ambiental, podía resultar una amenaza a su derecho a la vida, su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, su derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, y su derecho de propiedad.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de 4 de junio de 2010, rechazó la acción de protección, dando razón a los argumentos del titular del proyecto y validando lo razonado en la resolución que acogió el recurso administrativo de reclamación.

Apelada dicha sentencia, finalmente la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 18 de enero de 2011, decidió revocar el fallo de la Corte de Apelaciones, acoger la acción constitucional de protección y, en consecuencia, dejar sin efecto la resolución administrativa del Director Ejecutivo de la CONAMA.

¿Qué argumentos ha planteado la Corte en esta sentencia, que la hacen digna de análisis científico?

Quiero llamar la atención, como cuestión previa, que en el considerando primero la Corte Suprema advierte acerca de un problema de distribución de competencias, señalando que "a través del recurso de protección de garantías constitucionales no se pretende que la autoridad judicial revise el mérito del acto cuestionado, sino que lo examine a la luz de su legalidad o ilegalidad y/o posible arbitrariedad". Lo que debe analizarse, entonces, es el actuar legal o ilegal de la autoridad administrativa. En ningún caso podría la Corte suplir el juicio de méritos de la autoridad administrativa, o pretender reemplazarlo.

⁴ Cabe hacer notar, para el público no iniciado en legislación ambiental chilena, que la diferencia entre declaración y estudio, radica en que la primera forma de evaluación ambiental referida consiste en una declaración jurada que el titular del proyecto hace, respecto a su compromiso de incorporar y cumplir a cabalidad la legislación ambiental vigente. El estudio de impacto ambiental, a diferencia de lo anterior, consiste en analizar pormenorizadamente, y con instancias de participación ciudadana, todos los posibles efectos en los diversos componentes ambientales que un proyecto de inversión pueda acarrear.

Es interesante en esta sentencia la construcción de la justificación interna⁵, ya que de lo que se preocupa es de determinar los alcances de la ilegalidad de la actuación de la autoridad administrativa, para dejar demostrado que no está haciendo aquello que en el primer considerando denuncia como desviación de competencias, es decir, sustituir el juicio de fondo de la evaluación del proyecto, que compete a la autoridad administrativa.

Pero sin duda lo más interesante es la justificación externa de la sentencia, es decir, el juicio sobre la corrección de los argumentos utilizados para demostrar sus proposiciones, la saturación de las premisas y las conclusiones a que arriba.

Lo señalado en el considerando primero me parece notable, ya que justamente lo que hace la Corte es analizar el mérito de la resolución administrativa, zanjando la discusión de acuerdo a una visión objetivada en torno a los antecedentes planteados por las partes, y en que señala no puede concluirse otra cosa sino que el proyecto puede efectivamente afectar significativamente el medio ambiente, por tanto, la ilegalidad del Director de la CONAMA consiste en apreciar que dichas situaciones no se producirán, y en concluir que basta una declaración de impacto ambiental, no siendo necesario un estudio. Tal es el razonamiento del considerando décimo de la sentencia, que analizaremos más adelante.

Conectando la decisión del tribunal con las reflexiones iniciales de este trabajo, a mi juicio la Corte asumió como un deber el referirse a la materialidad de la decisión que le correspondía tomar, para asumir como un deber el hacerse cargo de los efectos que su fallo podía ocasionar en un territorio determinado, independientemente de la legitimidad del derecho de propiedad invocado por el titular del proyecto. La Corte asume que las consecuencias de estos proyectos, asentados en un territorio determinado, con actividades o vocaciones complementarias, como el turismo y la actividad vitivinícola, deben tomarse en consideración para establecer un límite a otras actividades si es que hay riesgo de afectarlas irreversiblemente.

Reproduzcamos el raciocinio de la Corte, para poder examinar cada uno de los argumentos planteados. En primer término deja sentado el argumento fuerte planteado por los recurrentes, en torno a que “la Planta que pretende instalarse en la comuna de Casablanca altera significativamente en términos de magnitud y duración el valor paisajístico y turístico de la zona”.⁶ Esta circunstancia justificaría someter al proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental, debido a que se verificaría la hipótesis prevista en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente.

Para justificar externamente dicha premisa, la Corte cita el informe del Servicio Nacional de Turismo, que fue emitido durante la tramitación administrativa del proyecto ante la Comisión Regional del Medio Ambiente. Para poder examinar este argumento es menester reproducir los elementos más determinantes del informe: *“El valle de Casablanca reúne una serie de características que han permitido el*

⁵ Robert Alexy, en su “Teoría de la Argumentación Jurídica” (Madrid, 1989, pág. 214 y siguientes), desarrolla estas estructuras argumentales. La justificación interna consiste en la corrección lógica del raciocinio judicial, la debida correspondencia de las premisas con la conclusión. La justificación externa consiste en la fundamentación de la corrección de las premisas elegidas en la justificación interna, las premisas normativas -reglas y principios del derecho vigente-utilizadas, la fundamentación de las premisas fácticas y la fundamentación vía cánones de interpretación, criterios de solución de antinomias, argumentos de doctrina, invocación de precedentes, argumentos prácticos generales, etc.

⁶ Considerando cuarto de la sentencia.



*desarrollo de un producto de intereses especiales asociado a la actividad vitivinícola, cultural patrimonial tangible e intangible todo lo cual se encuentra en la oferta turística de la Región de Valparaíso. Dada la importancia de esta actividad turística, se asocia la comuna tanto al destino Valparaíso – Viña del Mar como al Litoral de los Poetas de la Provincia de San Antonio. La Agencia de Desarrollo Productivo de la Región de Valparaíso, junto a los organismos públicos y privados han definido como eje prioritario de desarrollo el turismo de intereses especiales en la región. El Valle de Casablanca forma parte de la oferta turística exportable (Ruta del vino) con gran incidencia en los turistas de cruceros, limítrofes, de larga distancia y nacionales”.*⁷

Luego, cita la Resolución Exenta N° 848, de 28 de julio de 2008, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso (COREMA V Región), que calificó desfavorablemente el proyecto, en la parte que alude a las diversas medidas que el titular del mismo pretende adoptar para que “la generación y dispersión de olores ofensivos sea mínima”, lo que lleva a la Corte a concluir que el proyecto efectivamente generará y dispersará olores molestos, lo que pugna con la vocación turística antes invocada como elemento de justificación externa de la premisa universal adoptada de la sentencia, es decir, que toda vez que se prevea un impacto en el medio ambiente, el proyecto debe ser sometido a un Estudio de Impacto Ambiental.

Asimismo, señala en el considerando noveno que el proyecto no se hace cargo de la forma en que se resolverá el tema de los olores “en relación puntual con el turismo y tampoco la circunstancia que parte importante de éste está integrado con el Litoral de los Poetas”, al que se accede por la ruta donde el proyecto pretende emplazarse.

La parte más importante del razonamiento de la Corte está establecido en el considerando undécimo, que se hace cargo de la decisión del Director Ejecutivo de la CONAMA. Razona esta parte de la sentencia señalando que el funcionario aludido ha resuelto acoger el recurso de reclamación y aprobar, en consecuencia, el proyecto, porque “en su concepto... se hace cargo de los efectos aludidos por lo que estima que ellos no se generarán”. Esta es la parte crucial del fallo, ya que la Corte señala, acto seguido, que de todos los antecedentes expuestos previamente, se demuestra que “el proyecto puede influir negativamente en la magnitud del valor turístico de la zona de Casablanca, puesto que los olores que emanen de la planta obviamente tendrán una incidencia significativa en la decisión de los turistas de visitar o no la zona, si no se asegura debidamente total control del efecto”.

Este es el argumento central, ya que el sentenciador se superpone en la posición del decisor administrativo, relevando los mismos antecedentes que aquél tiene a la vista, para concluir que efectivamente se prevé la amenaza de una afectación del valor turístico de la zona, discrepando de la decisión administrativa en torno, precisamente, a los méritos que le sirven de fundamento a dicha decisión. Con todo, se echa de menos una justificación de la preeminencia del bien jurídico “valor turístico y paisajístico”, por sobre el de la actividad productiva planteada. Al parecer, la Corte considera innecesario hacer ese juicio de ponderación, ya que

7 Informe del Servicio Nacional de Turismo, Región de Valparaíso, Oficio ORD. N° 132, de 24 de junio de 2008.

la preeminencia de dicho valor turístico formaría parte de su premisa universal. A nuestro juicio esto no es así *per se*, por tanto se observa un déficit argumentativo en la decisión jurisdiccional.

El considerando duodécimo de la sentencia concluye que ante la alta probabilidad de la generación del efecto contemplado en la letra e) del artículo 11 de la ley 19.300,⁸ la autoridad administrativa incurrió en ilegalidad al acoger la reclamación del titular. De esta manera construye argumentativamente uno de los presupuestos de procedencia de la acción constitucional de protección de garantías constitucionales, cual es la actuación ilegal, en este caso de un funcionario de la administración del Estado. Este argumento es de la máxima relevancia, porque la ilegalidad estaría dada por una apreciación “errónea” de las circunstancias fácticas que sirven de fundamento a la resolución administrativa. ¿Qué es eso sino juzgar el mérito del proceso de evaluación ambiental? Pese a lo aseverado en el considerando primero del fallo, la Corte sí realiza un análisis de méritos, cuestión que implica un cambio sustancial en la jurisprudencia de los tribunales en estas materias.

El segundo y definitivo presupuesto de procedencia de la acción de protección está señalado en el considerando décimo tercero de la sentencia. La Corte debe dejar claramente establecida la garantía que se cautela por esta vía. Consiste en el derecho de los recurrentes de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Señala el tribunal, además, que someter el proyecto a un Estudio de Impacto Ambiental permite asegurar el derecho antes aludido. En esta parte también hubiese sido aconsejable saturar más los argumentos, ya que las condiciones en que estamos en presencia de contaminación dependen de una regla prescriptiva cuyos sustentos están dados por estándares normativamente determinados, y no extraídos del sentido común. En efecto, la ley define el concepto de contaminación como la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos en concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente.⁹

En razón de lo anterior, la Corte resuelve revocar la sentencia apelada, acoger la acción de protección y dejar sin efecto, consecuentemente, la citada Resolución Exenta N° 4986 del Director Ejecutivo de la CONAMA, ordenando que el proyecto de someta a un Estudio de Impacto Ambiental.

Si bien hemos criticado la falta de densidad en los argumentos decisivos de la sentencia de la Corte Suprema en este caso, es de justicia señalar que la citada Resolución Administrativa que se atacó por esta vía padecía de los mismos males, ya que se limitaba a realizar una enumeración de los informes que los servicios públicos con competencia ambiental habían evacuado en el proceso de evaluación del proyecto, concluyendo sin más fundamentos plausibles que el proyecto sí se hacía cargo de los impactos ambientales señalados como determinantes para la “vocación turística de la zona”.

8 “Artículo 11.- Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: (...)”

e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona...”

9 Artículo 2° letra c) de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.



Efectivamente, se evidencian déficit argumentativos en torno a la preeminencia del valor turístico de una zona, por sobre cualquier otro emprendimiento lícito, sobre todo tratándose de una situación en que no hay instrumentos de planificación territorial claramente establecidos, como en el caso que analizamos; en torno a la configuración de la actuación ilegal de la administración, ya que la mera apreciación de los hechos no podría consistir por sí sola en una ilegalidad; y en torno a la idea de que el Estudio de Impacto Ambiental, *per se*, asegure por sobre una Declaración, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ante la inexistencia de un estándar normativo de contaminación odorífera.

La sentencia analizada es muy interesante ya que nos permite percibir un cambio en la tradicional doctrina de inhibición de los tribunales cuando se trata de asuntos de méritos que las competencias privativas – exclusivas y excluyentes – de la administración del Estado, otorgan a sus funcionarios para actuar en la esfera de sus atribuciones.

La Corte Suprema ha entrado ya en otras ocasiones a calificar el mérito de los fundamentos de las resoluciones, yendo mucho más allá de un mero análisis formal de extralimitación de competencias, y ha pasado a analizar la legitimidad material de las decisiones de los organismos del Estado, y parece ser que es la senda jurisprudencial que seguirá.

Corresponderá en adelante a la administración del Estado, en esta y otras materias, la carga argumentativa para convencer en la etapa de impugnación jurisdiccional, de la legitimidad formal y material de sus decisiones.

III. CONCLUSIONES

- A. Es en materia ambiental donde la concepción clásica del derecho de propiedad románico, concebido como derecho a su uso arbitrario, ha sido más altamente cuestionada. El dramatismo de la escasez de los recursos naturales, la precariedad del planeta para mantener indefinidamente el patrón de consumo, y la convivencia de diferentes y, a veces, contradictorios intereses productivos, han puesto de manifiesto que ya no basta con exhibir el título de dominio para justificar cualquier tipo de actividad que acceda a dicho derecho, cobrando cada vez más importancia la función social de la propiedad, como elemento justificatorio de su preeminencia.
- B. La carencia de un régimen de ordenamiento territorial ha presionado al sistema de evaluación de impacto ambiental, para que resuelva situaciones de coexistencia de intereses económicos contradictorios, que comparten un mismo territorio, sin criterios claros para resolver la cuestión de la preeminencia de bienes jurídicos colectivos, en competencia con intereses privados.
- C. Los vacíos de criterios normativos claramente establecidos en textos autoritativos ha presionado a los tribunales de justicia para hacerse cargo de establecerlos por la vía de la jurisprudencia.
- D. Los tribunales han resuelto estas situaciones tradicionalmente a través de la aplicación de criterios formales de distribución de competencias, separando las cuestiones de mérito material, que debían ser apreciadas por la autoridad

administrativa, de los asuntos formales de los que sí se hacían cargo para adjudicar estos conflictos de intereses de relevancia jurídica.

- E. La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, al parecer, está haciendo variar dicho criterio, por lo que se observa una tendencia a hacer juicios de mérito material de las decisiones de la administración, y de acuerdo a dicho análisis de legitimidad material, la Corte ha resuelto sustituir al órgano administrativo y resolver estos conflictos haciendo análisis de mérito.
- F. Esta doctrina implica que si la autoridad administrativa resuelve un asunto contra la opinión técnica que en los antecedentes formativos de la resolución administrativa se plasman, incurre en ilegalidad, por tanto la discrecionalidad de la administración queda ampliamente disminuida. Para evitar ese designio, la carga argumentativa fuerte la tiene la administración y no el tribunal que revoca la decisión.
- G. No es privativo de la administración del Estado el determinar la forma de realizar la evaluación ambiental de proyectos. En efecto, los tribunales de justicia pueden entrar a calificar si un proyecto puede ser tramitado como Declaración o debe someterse a Estudio de Impacto Ambiental.
- H. Establecidos los indicios de posibles impactos al medio ambiente, la Corte ha establecido que el someter un proyecto de inversión a un Estudio de Impacto Ambiental, contribuye a asegurar la cautela efectiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.



COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA CENTRAL TERMOELÉCTRICA CASTILLA

UN CASO DE DERECHO ADMINISTRATIVO PROCEDIMENTAL

Luis Cordero Vega*

El presente trabajo realiza un análisis de la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso de la Central Termoeléctrica Castilla. Se indica en él que si bien los recurrentes obtuvieron una victoria, la manera en que la Corte Suprema razonó, sustituyendo los considerandos resolutivos de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, implicó el establecimiento de estándares de Derecho Administrativo procedimental para resolver problemas de ilegalidad al interior del procedimiento de evaluación ambiental, y no un estándar de razonamiento de Derecho Ambiental. Los criterios establecidos por esta sentencia, debiesen tener consecuencias relevantes para los operadores legales al interior del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

I. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2010 la Corte Suprema decidió confirmar¹ la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó,² en virtud de la cual dejó sin efecto una resolución del Secretario Regional Ministerial (Seremi) de Salud de la Región de Atacama, en la que se acogía un recurso extraordinario de revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo (LBPA), sobre la base de un informe de la autoridad sanitaria al interior del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en que calificaba que una central termoeléctrica era contaminante, porque adolecía de vicios en los supuestos de hecho.

Aunque la Corte Suprema termina confirmando la sentencia, pero por motivos distintos a los originalmente afirmados por la Corte de Apelaciones de Copiapó, lo interesante de este caso, es que la Corte decide resolver la situación bajo criterios estrictos de Derecho Administrativo, aplicando las lógicas de la LBPA a los conflictos ambientales y, por esa vía, abre inevitablemente la obligación de los operadores legales de ajustarse a tales criterios.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

El caso tiene su origen en la dictación de la Resolución Exenta N° 2060 de 07.07.2010, (Resolución N° 2060) del Seremi de Salud, que acogió parcialmente

* Profesor de Derecho Administrativo e investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1 Vid. Sentencia Rol N° 7167 – 2010.

2 Vid. Sentencia Rol N° 235 – 2010.

un recurso extraordinario de revisión en contra del Oficio Ordinario BS3 110/2010 (19.01.2010), de la misma Seremi. Dicho acogimiento se fundó principalmente en que la calificación de dicha industria como “contaminante” efectuada en el precitado Oficio y que provocó posteriormente que la Seremi de Vivienda y Urbanismo de Atacama declarara incompatible su instalación con el uso de suelo autorizado por el respectivo plan regulador, se basó en una modelación de emisiones de NO₂ realizada sobre la base de un procedimiento técnicamente errado, según lo establece la Norma Primaria de Calidad de Dióxido de Nitrógeno. Ello, en circunstancias que una adecuada constatación de los hechos – se sostenía – debía llevar a acreditar el cumplimiento de la norma de calidad, calificando la central termoeléctrica como “molesta” y, en tal condición, compatible con el uso de suelo.

Contra dicha resolución exenta se interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Copiapó. En septiembre de 2010, la Corte de Apelaciones dictó sentencia acogiendo el recurso, sosteniendo que la decisión de la Seremi de Salud, al cambiar la calificación industrial de “contaminante” a “molesta” por la vía de acoger un recurso extraordinario de revisión en contra de su anterior calificación, expresada en el Oficio Ordinario BS3 110/2010, era ilegal porque: (i) dicho recurso no se utilizó por parte de la autoridad para la corrección de manifiestos errores de hecho contenidos en dicho Oficio, sino que para revisar el mérito de fondo de su decisión anterior;³ y (ii) la autoridad no podía dar tramitación ni pronunciarse sobre dicho recurso de revisión, pues el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se encontraba suspendido producto de una decisión del Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) dispuesta en el contexto de un recurso jerárquico deducido por la propia titular del proyecto en contra del Informe Consolidado de Evaluación (ICE).⁴

III. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

La Excma. Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia, pero cambió todos y cada uno de los fundamentos de la decisión de la Corte de Apelaciones.⁵ En lo concreto indicó que:

(a) Lo procedente frente a vicios en los presupuestos de hecho que afectan la medición de una norma es la invalidación y no el recurso extraordinario de revisión, pues este último está reservado a los vicios manifiestos del acto;⁶

(b) La utilización del procedimiento invalidatorio, permite la audiencia de los interesados, que no se habría cumplido en el procedimiento de revisión, pues para efectos del procedimiento administrativo invalidatorio de actos al interior del SEIA, invisten la calidad de interesados todos quienes participaron del procedimiento de evaluación ambiental;⁷

(c) En consecuencia, lo violentado en tal caso es el principio de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 CPR) y no el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

3 Vid. Sentencia Rol N° 235 – 2010, Considerandos 7° y 8°.

4 Vid. Sentencia Rol N° 235 – 2010, Considerandos 9°, 10°, 12° y 18°.

5 Vid. Sentencia Rol N° 7167 – 2010, que en sus vistos señala expresamente “se elimina desde el fundamento quinto al vigésimo de la sentencia de alzada”.

6 Vid. Sentencia Rol N° 7167 – 2010, c. 7 y 8.

7 Vid. Sentencia Rol N° 7167 – 2010 c. 9.



(art. 19 N° 8 CPR).⁸

En ese contexto, la Corte Suprema expresamente dejó constancia de que la “invalidación” no es un recurso administrativo, sino que “una facultad de la autoridad que puede utilizarse mientras no se encuentre vencido el plazo de dos años que contempla la norma”.⁹ Este último razonamiento, abrió el camino para una nueva impugnación de la decisión original de la autoridad sanitaria.

IV. ¿CUÁLES ERAN LOS TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO PROCEDIMENTAL QUE SE DISCUTÍAN EN ESTE CASO?

Como he señalado, lo que hace atractivo el caso Castilla, además de los aspectos propiamente ambientales, es que deja en evidencia un conjunto de debates y problemas de Derecho Administrativo. Con esta sentencia, la tercera sala de la Corte Suprema define varios criterios de interés.

A. Primero: La Naturaleza del SEIA como procedimiento administrativo especial de carácter complejo, pero sujeto a algunos pronunciamientos vinculantes cuando hay un permiso ambiental sectorial. Los actos trámites cualificados

El origen de la discusión de este caso deriva en la manera de entender la “calificación industrial” que debe realizar la autoridad sanitaria, de conformidad a lo señalado en el artículo 4.14.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), al interior del SEIA. En efecto, dicha calificación está asociada al denominado permiso ambiental sectorial N° 94 establecido en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vigente (RSEIA), que supone definir la compatibilidad del proyecto o actividad con el uso del suelo establecido en el Plan Regulador de que se trate. Así las cosas, establecida la “calificación industrial” por parte de la autoridad sanitaria, determina la (in)compatibilidad con el uso del suelo y, en consecuencia, la posibilidad de desarrollar el proyecto, lo que, en caso de resultar incompatible con el “uso del suelo”, vincula directamente a la autoridad ambiental en la decisión de rechazo del mismo, por constituir esto el incumplimiento de una norma.

Lo anterior es relevante, pues en las hipótesis de que efectivamente exista cumplimiento normativo de parte de un proyecto, las opiniones de los servicios en orden a las medidas de mitigación y compensación, como las que puede realizar la autoridad sanitaria, son indicativas, pues en tales situaciones lo relevante es la visión integral del proyecto y las condiciones agregadas que se impongan.

Como se sabe, de conformidad a la Ley N° 19.300 de Bases sobre Medio Ambiente (LBMA), la Evaluación de Impacto Ambiental corresponde al procedimiento, a cargo de la autoridad ambiental competente, que en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes.¹⁰ Desde esa perspectiva, el SEIA es un procedimiento administrativo especial destinado a la evaluación ambiental de los proyectos y

⁸ Vid. Sentencia Rol N° 7167 – 2010, 10° a 12°.

⁹ Vid. Sentencia Rol N° 7167 – 2010, considerando 12°, parte final.

¹⁰ Vid. Artículo 2° letra i) LBMA. En el presente caso se considera la definición previa a la dictación de la Ley N° 20.417, dado que por el contenido y redacción de su artículo primero transitorio, ésta no es aplicable al presente caso.

actividades que, de conformidad con el artículo 10 de la LBMA, son susceptibles de causar impacto ambiental.

Sin perjuicio de los criterios generales contenidos en la LBMA y el RSEIA, las decisiones que se adoptan en el contexto de la evaluación ambiental deben analizarse a la luz de diversas normas jurídicas sectoriales desperdigadas en nuestro ordenamiento jurídico. Un primer propósito de la evaluación ambiental es, entonces, identificar las normas aplicables al proyecto o actividad, certificando que se cumplen con todos los requisitos ambientales pertinentes,¹¹ pero además, tratándose de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), certificando que este proyecto o actividad se hace cargo de los impactos mediante medidas de mitigación y compensación adecuadas.

De este modo, el procedimiento de evaluación ambiental finaliza con un acto administrativo terminal que otorga una autorización administrativa¹² (la Resolución de Calificación Ambiental o RCA), que es vinculante para los organismos de la Administración asociados a la calificación ambiental.¹³

Así, desde la perspectiva procedimental, la característica que aparece con más fuerza en la conceptualización del SEIA es aquella que lo identifica con un “procedimiento complejo”, esto es, el SEIA tendría un propósito integrador,¹⁴ lo que se manifiesta en la existencia de un conjunto de informes sectoriales que sirven de base a la evaluación, así como en la pretensión de la LBMA de operar en el marco de una *ventanilla única* de todos los permisos ambientales considerados por nuestra legislación,¹⁵ de manera que los pronunciamientos provienen o de una opinión técnica o bien de procedimientos administrativos diferentes, pero que se agregan al procedimiento del SEIA, formando parte de la evaluación ambiental, porque se encuentran asociados a permisos ambientales.

Estos informes sectoriales, por efecto de la aplicación supletoria de la LBPA,¹⁶ no tienen carácter de vinculantes, a menos que la ley explícitamente así lo señale.^{17 18}

11 Vid. Artículo 24° inciso segundo LBMA.

12 Laguna De La Paz, J.C., “Autorización administrativa”, Diccionario de Derecho Administrativo (Dir. Santiago Muñoz Machado), Iustel, 2005, p. 277, indica que la autorización es “el acto mediante el que la Administración habilita a un sujeto para el ejercicio de una actividad”, “previa comprobación que se realizará sin daños para el interés general”, lo que se traduce, en la mayoría de los casos, en la “comprobación de que el solicitante reúne los requisitos previstos en la normativa” respectiva. También en, La Autorización Administrativa, Civitas, Navarra, 2006, p. 263.

13 Bermúdez Soto, J., Fundamentos de Derecho Ambiental, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, p. 208.

14 González Pérez, J. y González Navarro, F., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Tomo I, Thomson – Civitas, Cuarta edición, 2007, p. 85.

15 Al respecto, que el SEIA sea un instrumento que pretenda operar bajo la fórmula de la ventanilla única quiere decir que todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental que deban o puedan emitir los órganos competentes en relación con un proyecto determinado, necesariamente deben expedirse dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (Artículos 8.2. y 9.2. LBMA). En otras palabras, esta es la única oportunidad e instancia que tienen las entidades públicas competentes para opinar, desde un punto de vista ambiental, sobre el proyecto. No podrán por tanto formularle reparos a éste, de dicha naturaleza, una vez que la Comisión Regional del Medio Ambiente o la Dirección Ejecutiva dicten la correspondiente resolución de calificación ambiental (Artículo 24.2, LBMA)

16 Vid. Dictamen 3441, de 2008, de la Contraloría General de la República.

17 Vid. LBPA.

Artículo 37. “Informes. Para los efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que señalen las disposiciones legales, y los que se juzgen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de requerirlos.

Artículo 38. Valor de los informes. Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

Si el informe debiera ser emitido por un órgano de la Administración distinto del que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones”.

18 Este es precisamente el criterio que se ratificó con la dictación de la Ley N° 20.417, que incorporó, entre otras, la hipótesis de vinculatoriedad de los informes a la decisión final, quedando comprendidos los “aspectos normados”, que no son otros que los aspectos reglados de la decisión, es decir, vinculantes para el calificador ambiental (art. 9 bis). Vid. Segundo Informe de la Comisión de Medio Ambiente del Senado en Boletín N° 5947 – 12.



De este modo, el SEIA da origen a un procedimiento administrativo integrado en el cual, para poder determinar los alcances de los diversos pronunciamientos sectoriales que lo conforman, debe distinguirse si éstos son informes que sirven únicamente para ilustrar la decisión, o se pronuncian en el ejercicio de competencias exclusivas de aquellos organismos sectoriales que los emiten, asociados a permisos ambientales que otorgan dichas autoridades (aspectos normados) y, por lo tanto, vinculantes para la autoridad ambiental en la calificación del proyecto,¹⁹ en lo que a la verificación de la norma corresponde.

Justamente en esta última hipótesis es en la que se encuentran los pronunciamientos sectoriales asociados a permisos ambientales, pues dado que éstos corresponden al ejercicio de competencias sectoriales, regulados en leyes diferentes, una vez emitidos por el organismo administrativo de que se trata e indicando en ellos que existe incumplimiento de una norma específica, el órgano de calificación ambiental (Corema o Comisión de Evaluación) no puede modificarlos en la dictación del Informe Consolidado de Evaluación (ICE) y menos aún en la decisión final del SEIA,²⁰ pues estos últimos tienen el carácter de vinculantes para la Administración, por provenir de aspectos normados, cuya competencia es privativamente sectorial.²¹

Una cosa diferente será en el caso del establecimiento de medidas de mitigación y compensación del proyecto, pues en tales hipótesis la autoridad de calificación ambiental, dado el cumplimiento de los aspectos estrictamente reglados, podrá condicionar el desarrollo del proyecto a un conjunto de condiciones con el objeto de reducir los impactos y garantizar el cumplimiento permanente de la regulación, más allá de lo exigido por la regulación ambiental general.

Esto es especialmente relevante, porque si la RCA es favorable, deben entregarse todos los permisos ambientales de carácter sectorial²² lo cual sólo será posible en la medida que el organismo competente haya manifestado su conformidad en su oportunidad, expresando su "voluntad explícita" respecto del permiso de su competencia. El RSEIA expresamente señala cómo se manifiesta esa voluntad, al indicar que "los organismos sectoriales se pronunciarán, según su competencia, acerca de los permisos ambientales sectoriales aplicables, los requisitos para su otorgamiento, y los contenidos técnicos y formales para acreditar su cumplimiento".²³

El debate entorno al caso Castilla permite concluir que los pronunciamientos sectoriales que corresponden a permisos ambientales tienen una doble característica: (a) para los organismos sectoriales, dichos pronunciamientos tienen el carácter de actos administrativos terminales, pues mediante éstos se adopta una decisión que

19 Astorga Jorquera E., Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, p. 57 señala, sobre el modelo nacional, que "durante el proceso de evaluación, en la etapa de consulta a los organismos competentes vinculados al proyecto o actividad específico, al pronunciarse en materias de su competencia, sólo serán vinculantes aquellos aspectos "normados" (...).

20 Vid. art. 9 bis, agregado por la Ley N° 20.417.

21 Lo anterior explica que la literatura indique, Bermúdez, n. 14, p. 217, que el SEIA es "un procedimiento administrativo que tiene por finalidad la dictación de resoluciones administrativas de carácter reglado de contenido material".

22 Vid. art. 8° LBMA.

23 Vid. art. 66 RSEIA.

“declara una voluntad potestativa” asociada a su competencia,²⁴ (b) tratándose del procedimiento de evaluación ambiental, constituyen un acto trámite cualificado porque sirven de base para la dictación de un acto administrativo de contenido complejo, que suma las voluntades sectoriales y las propias de la autoridad ambiental.

Como señala la literatura, estos denominados actos trámites cualificados (así designados en el Derecho Alemán) se generan en aquellos casos en que dichas actuaciones condicionan de forma vinculante la resolución final, como es el caso de estas aprobaciones o informes. Ello explica que puedan ser impugnables separadamente,²⁵ como lo veremos a continuación.

B. Segundo: Impugnabilidad de estos pronunciamientos sectoriales conforme a los recursos que establece la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos en tanto actos trámite cualificado o terminales

Una segunda cuestión procedimental del caso Castilla tenía que ver con la impugnación del pronunciamiento sectorial. Es decir, ¿es posible impugnar un pronunciamiento sectorial como la calificación industrial cuando aún no termina la evaluación ambiental?

La respuesta de la Corte es sí, pero en nuestra opinión es necesario considerar algunos matices.

En efecto, como hemos señalado, un pronunciamiento que se refiere a un permiso ambiental de competencia exclusivamente sectorial, constituye en sí mismo una decisión de contenido potestativo vinculante para la autoridad ambiental, pues ella no puede modificar el contenido de dicha decisión, debiendo basar su acto terminal necesariamente en ésta. En consecuencia, ello lleva a concluir que dicho pronunciamiento sectorial es impugnabile mediante los recursos administrativos establecidos en la LBPA, por constituir un acto administrativo trámite cualificado y por tanto de aquellos respecto de los cuales el artículo 15 de la LBPA admite impugnación.²⁶

24 Debe recordarse que el acto administrativo está expresamente definido en la LBPA (art. 3°) como una decisión formal de la Administración “en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

La Excmá. Corte Suprema ha señalado que para definir si una expresión escrita de la Administración es un acto administrativo recurrible, debe estarse a si en éste, el organismo administrativo de que se trate expresa una “voluntad” resolviendo “alguna situación, con carácter de obligatoriedad”, con independencia de la denominación formal. (Vid. Sentencia de 20.03.2006, Rol N° 4204-05, considerando 11°).

En el mismo sentido la Excmá. Corte Suprema ha señalado que “la naturaleza de un determinado acto se define por sus rasgos esenciales y por los efectos que de él emanan y no por el nombre o denominación que le sean atribuidos”. (Vid. Sentencia de 12.05.2008, Rol N° 1062-2008, considerando 3°).

25 Bocanegra Sierra, R., “Actos de trámite”, en Diccionario de Derecho Administrativo (Dir. Santiago Muñoz Machado), T.I, Iustel, 2005, p. 85.

26 LBPA. Artículo 15. “Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo”.



En efecto, como antes se indicó, la LBMA prescribe que los “permisos o pronunciamientos de carácter ambiental” que deban emitir los organismos de la Administración, de conformidad a las regulaciones sectoriales “serán otorgados” a través del SEIA.²⁷ Por tal motivo, la ley encarga al RSEIA el indicar la “lista de permisos ambientales sectoriales”, los “requisitos para su otorgamiento” y los “contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento”.²⁸ De este modo, si el proyecto es calificado favorablemente no es posible negar “las autorizaciones ambientales pertinentes”.²⁹

Esto explica que el RSEIA señale que los respectivos servicios, al informar al interior del SEIA, indiquen “fundadamente si el proyecto o actividad cumple con la normativa de carácter ambiental en el ámbito de sus respectivas competencias, incluidos los permisos ambientales sectoriales, si los hubiere”.³⁰

De este modo, si un organismo de la Administración del Estado al que le corresponde emitir un permiso ambiental de conformidad a la regulación sectorial, señala que el proyecto o actividad no cumple con una norma ambiental específica que ese sector privativamente fiscaliza y en consecuencia deniega el permiso, lo que conduce a la dictación del ICE de rechazo y luego a la RCA negativa, dicho informe constituye en el marco del SEIA un acto trámite que impide continuar con el curso normal del procedimiento, pues el proyecto deberá ser rechazado, ya que la autoridad central de calificación ambiental (Corema o Comisión de Evaluación) no puede desconocer su contenido, dado su carácter vinculante.

La pregunta en tal circunstancia es ¿ese acto puede ser susceptible de impugnación separadamente, antes de llegar a la dictación de la RCA? La respuesta a tal interrogante es afirmativa y así lo entendió la Corte, pues el contenido de dicho acto es único, privativo y excluyente del órgano administrativo sectorial. En consecuencia, su sistema de impugnación individual corresponde al general de los actos de la Administración, es decir, de los recursos señalados en la LBPA, porque: (a) por un lado dicho pronunciamiento es un acto terminal para el organismo sectorial (declaración de voluntad potestativa) y (b) es un acto trámite en el SEIA, que agregado al expediente señalando una voluntad potestativa adversa (negativa del permiso por incumplimiento de una norma), produce un efecto inevitable (el rechazo del proyecto), sin posibilidad de audiencia regular en el procedimiento.

C. Tercero: La (im)procedencia de la invalidación de un acto trámite

Un último aspecto de relevancia en este caso era si era procedente la solicitud de invalidación de la calificación industrial, dado que la empresa originalmente lo había solicitado y ésta fue desechada pura y simplemente por la autoridad sanitaria, por no existir antecedentes adicionales.³¹

27 Vid. art. 8º, inciso segundo. LBMA.

28 Vid. art. 13, letra a). LBMA.

29 Vid. art. 24, inciso segundo. LBMA y art. 65 RSEIA.

30 Vid. Arts. 23 y 29, inciso segundo. RSEIA.

31 Vid. Resolución exenta Nº 378, de 08.02.2010, del Seremi de Salud de Atacama, considerando 25.

Los recurrentes del caso sostenían que el derecho del solicitante habría “precluido” o “caducado”, no pudiendo volver a solicitar el interesado o cualquier otro, nuevamente la invalidación del acto administrativo.

La tesis de la Corte Suprema es que eso no es así, basándose en la naturaleza de la institución de la invalidación.

Las razones de Derecho Administrativo para eso son: que la invalidación corresponde a una potestad de revisión de oficio de la Administración, que no sólo puede ejercer, sino que debe ejercer la autoridad administrativa cuando existen vicios de legalidad (i), que al ser una potestad de revisión y encontrándose vigente el plazo no existe ni caducidad ni preclusión del derecho, como lo ha señalado la jurisprudencia judicial y administrativa, pues en Derecho Administrativo no existe una institución semejante a la cosa juzgada (ii) y que esto es especialmente evidente cuando la solicitud de invalidación se basa en nuevos antecedentes, hipótesis que la jurisprudencia administrativa siempre admite como alternativa para la reapertura de procedimientos administrativos (iii).

Como se sabe la invalidación se encuentra regulada positivamente en el Derecho nacional desde el año 2003 en la LBPA, específicamente en su artículo 53.³² Esta norma, vino a establecer una institución que tanto la jurisprudencia administrativa y judicial reconocían desde antiguo,³³ justificando la posibilidad de revisión de los actos administrativos previos.³⁴

32 “Artículo 53. Invalidación. 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.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario”.

33 En este sentido ver por ejemplo Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos Contratos y Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 125 a 160; Marín Vallejo, U., “Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos”, *Revista de Derecho*, N° 2, 2000, Consejo de Defensa del Estado, pp. 45 a 60; Jara Schnettler, J., *La nulidad de derecho público ante la doctrina y jurisprudencia*, Editorial Libromar, 2004, pp. 93 a 119.; Reyes Riveros, J., *La invalidación de actos administrativos*, Lexis Nexis – Conosur, 2002; Vargas Zincke, O., “Algunos aspectos sobre la invalidación en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, *Gaceta Jurídica* N° 178, 1995, pp. 35 a 41; Bemúdez, J., “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”, *Revista de Derecho* Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005, Universidad Austral de Chile, pp. 83 a 105.

En todo caso son conocidos de antiguo los trabajos de Olguín Juárez, H., *Extinción de los actos administrativos. Revocación, Invalidación y Decaimiento*, Editorial Jurídica, 1961; Boloña Kelly, G., *El acto administrativo irregular*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1962; Yaber Arriagada, Y., *Modificación y revocación del Decreto Supremo*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1962.

34 La Contraloría señalaba en 1993, informando al Senado en un antiguo proyecto de ley sobre procedimiento administrativo (Boletín N° 686-06): “(...) el reconocimiento que hace el proyecto a la revocación, la facultad de la administración de terminar un acto por razones de mérito (conveniencia de oportunidad según exigencias de interés público), con las exigencias que señala, coincide con la doctrina mayoritaria en la materia y con la jurisprudencia contralora. La invalidación consiste en terminar o extinguir un acto vigente por la propia Administración, cuando concurre un vicio de nulidad al tiempo de su perfeccionamiento, figura reconocida sobre la base del deber de todo órgano estatal de ajustar su conducta al principio de juridicidad. Así, si la Administración, de oficio o a petición de parte, comprueba la existencia de ese vicio, no sólo pueden, sino que debe invalidarlo para cumplir con art.6 inc. 1 de la Carta Política. También, la invalidación se recoge en la ley 18.575 artículos 9 y 10, porque si los actos administrativos pueden impugnarse por los administrados mediante recursos de reposición que siempre puede usarse y el jerárquico, es porque se razona sobre la base de que la Administración podrá, si coincide con el planteamiento de los recurrentes, invalidar esos actos. Además, si el control interno atribuido a las autoridades y jefaturas puede ser de fiscalización y de legalidad, es porque puede reversarse ese aspecto para llegar cuando corresponda, incluso a la invalidación. Asimismo, el art.38 de la Constitución otorga sólo a las personas lesionadas por la administración, la posibilidad de reclamar judicialmente de esa conducta, sin que la Administración esté facultada para recurrir ante los tribunales para que revisen sus propias decisiones si existiera vicio de nulidad en ellas, concordando con el citado art.6 inc. 1, que establece el principio de legalidad que, obligando a todos los órganos estatales en su actuar, ha supuesto que la Administración debe invalidar sus actos no ajustados a ese principio. Por ende, deben aprobarse preceptos del proyecto que reafirman la facultad de invalidación comentada, regulando su operación, ya que perfeccionan el sistema legal y jurisprudencial aplicado en la materia, destacándose [eso si tanto] el plazo otorgado para invalidar el acto desde su dictación, como asimismo el límite a esa facultad cuando con tal medida se afecten intereses de terceros”.



En la literatura del Derecho Administrativo se sostiene que no hay preclusión ni caducidad para solicitar invalidación si es que alguien lo ha solicitado con anterioridad, mientras se encuentre vigente el plazo de los dos años. Como se ha dicho la invalidación es un poder de revisión permanente del acto administrativo por razones de legalidad. Por eso la jurisprudencia y la doctrina hablan del poder -deber de invalidar de parte de la Administración frente a un vicio que afecta el acto. Mientras exista el plazo, se puede ejercer sea a solicitud de cualquier interesado o bien de oficio de parte de la Administración.³⁵

Como sostiene la literatura la potestad invalidatoria, si bien es permanente en cuanto no se agota o extingue con su no ejercicio respecto de un acto administrativo ilegítimo, se encuentra limitada por un plazo para dictar el acto de contrario imperio, que es de dos años. Las razones para la fijación de dicho plazo están en el respeto al principio de seguridad jurídica, que se estima en la base de todo Estado de Derecho.

Lo anterior es coherente con que en materia de acto administrativo hay una abundante jurisprudencia y doctrina que ha dicho siempre que no existe en Derecho Administrativo la "cosa juzgada", por dos motivos: (a) porque sólo es un atributo de las sentencias judiciales; (b) porque los actos administrativos son siempre revocables, salvo restricciones legales.³⁶ La jurisprudencia administrativa ha señalado que:³⁷ "(...) en materias de orden administrativo, no procede aplicar el concepto de "cosa juzgada" con el mismo sentido y alcance que se le otorga en el campo del derecho privado. Lo expuesto, por cuanto en el ámbito administrativo rige como principio general que los actos son esencialmente revocables".

Esa era precisamente la hipótesis alegada por el recurrido en este caso, pues en el contexto del recurso de revisión y del proceso de invalidación que se cuestionó se alegaron nuevos antecedentes. Por tal motivo, la Corte Suprema prefirió la invalidación a la aplicación del recurso extraordinario de revisión, pues al constituir nuevos antecedentes que afectaban la legitimidad del acto, era necesario permitir la audiencia previa de los interesados.

35 En el Dictamen N° 18.353, de 2009, ha sostenido la jurisprudencia administrativa que: "En este sentido, cabe reiterar que el inciso primero del artículo 53 de la ley N° 19.880, establece 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".

Como es dable apreciar, la disposición precitada contempla la obligación de la autoridad administrativa para dejar sin efecto los actos que ha emitido con infracción a derecho, sujeto a las restricciones que para tal efecto ha previsto el propio ordenamiento jurídico y la jurisprudencia administrativa, entre las cuales cabe destacar que esa atribución debe ejercerse dentro del término de dos años contados desde la notificación o publicación del acto viciado.

En efecto, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en el Dictamen N° 52.014, de 1970, ha manifestado que los plazos fatales, como ocurre en aquellos prefijados para el ejercicio de la actuación en estudio, son de caducidad y no de prescripción, por lo cual no pueden interrumpirse ni suspenderse por virtud de la interposición del recurso dentro de su término, porque en la caducidad se atiende solamente al hecho objetivo del transcurso del plazo."

36 Silva Cima, n. 33.

37 Dictamen N° 23.308, de 1998.

En el reciente dictamen N° 77.071, de 21.12.2010, sostuvo que "este efecto de las resoluciones judiciales (cosa Juzgada), establecido en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, no cabe aplicarlo en el ámbito del derecho administrativo, puesto que los actos que emanan de la Administración tienen una naturaleza absolutamente distinta al de las resoluciones judiciales -respecto de las cuales sí opera el desasimilamiento- siendo revisables y esencialmente revocables".

V. CONCLUSIONES

El caso Castilla es un interesante asunto de Derecho Administrativo Ambiental, focalizado en cuestiones de procedimiento administrativo. Aunque los recurrentes obtuvieron una victoria, ésta sólo puede ser entendida en términos limitados.

La Corte Suprema no se pronunció sobre el fondo, evitó validar la infracción al artículo 19 N° 8 de la Constitución y validó el procedimiento invalidatorio para corregir irregularidades procedimentales al interior del SEIA. En resumen, este es un caso que habla de Derecho Administrativo y no de Derecho Ambiental.

Con su razonamiento la Tercera Sala de la Corte Suprema entrega tres criterios que deben considerar los operadores del SEIA: (a) el primero, que los pronunciamientos sectoriales cuando son vinculantes tienen efectos invalidantes de la evaluación ambiental en general, cuestión especialmente sensible en un procedimiento administrativo complejo como el que se ha señalado; (b) segundo, que esos actos en tanto actos trámites cualificados, son susceptibles de impugnación autónomamente, sin esperar la dictación del acto administrativo terminal (RCA); (c) por último, la procedencia de la invalidación como mecanismos de impugnación de actos técnicos, no precluye mientras se encuentre vigente el plazo.

Este último aspecto es de los más complejos, pues la existencia de una revisión de oficio sin consideración a las veces que se utiliza y desvinculada del régimen de impugnación general o especial de actos administrativos, puede traer insospechadas consecuencias, pero eso debe ser objeto de un análisis separado.

Como se ve, el caso Castilla deja establecido criterios para el procedimiento de evaluación ambiental, pero abre inquietudes sobre los efectos de los sistemas de impugnación administrativa.

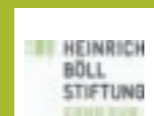


Profundizar la democracia y los derechos humanos, combatir la destrucción del medio ambiente, fortalecer la participación social, económica y política de todos y todas, resolver los conflictos empleando recursos democráticos y civiles, defender la libertad del individuo: estos son los objetivos que determinan el quehacer de Heinrich Böll Stiftung como Fundación política alemana de los Verdes.

Nuestro trabajo se dirige tanto a toda la ciudadanía y la sociedad civil como a instituciones y actores del ámbito público, gubernamental, económico e internacional.

Al instalarse en Santiago de Chile como oficina regional para el Cono Sur, - la tercera representación en América Latina junto a las oficinas en Ciudad de México (México, Centroamérica y el Caribe) y Río de Janeiro (Brasil) - la Fundación viene a reforzar un trabajo de cerca de veinte años en la región y estrechar las cooperaciones con contrapartes argentinas, chilenas, paraguayas, uruguayas y brasileñas en diversos temas: sustentabilidad; cambio climático; políticas energéticas y energías renovables; políticas económicas y de desarrollo sustentable; democracia y derechos humanos.

Patrocinio:



Fiscalía del Medio Ambiente.

EDITORIAL

Francisco Ferrada Culaciati.

ESTUDIOS

1. EL CONCEPTO DE JUSTICIA AMBIENTAL EN EL MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL DE LAS ACTIVIDADES MINERAS: El Caso de la Comuna de María Elena, Región de Antofagasta, Chile. Diego Sandoval Sandoval, Dominique Hervé Espejo, Edmundo Claro Rodríguez y Juan Pablo Aristegui Sierra.

2. LAS AGUAS DEL MINERO, José Ignacio Morán Ovalle.

3. AUTODENUNCIA EN LA LEY QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE ¿Un Real Incentivo Al Cumplimiento Ambiental? Rossi Saavedra Isla y Oscar Reicher Salazar.

4. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS DECLARACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL, Ezio Costa Cordella y Paula Fuentes Merino.

5. REGLAMENTOS AMBIENTALES, Juan Pablo Leppe Guzmán.

6. EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LA ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO: En relación con los Principios que informan el Derecho Ambiental en Chile. Fernando Dougnac Rodríguez.

7. APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS AMBIENTALES, Felipe Molina Saavedra

8. GUERRA LÍCITA: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y OTROS MÉTODOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL, Matthew P. Thomas.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO DE DOMINIO Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL: ¿Nuevos Paradigmas Desde El Derecho Ambiental? Álvaro Fuentealba Hernández

2. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA CENTRAL TERMOELÉCTRICA CASTILLA: Un caso de Derecho Administrativo Procedimental, Luis Cordero Vega

3

Septiembre 2011 •

JUSTICIA AMBIENTAL

JUSTICIA AMBIENTAL

Revista de Derecho Ambiental de Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA.



Septiembre 2011 / N° 3

Editorial

Estudios

Comentarios de Jurisprudencia



RESEÑA HISTÓRICA DE FIMA

Fiscalía del Medio Ambiente, FIMA, es una organización no gubernamental sin fines de lucro, creada en 1998 con el propósito de expandir y definir la política ambiental chilena.

En estos trece años de acción ininterrumpida, FIMA ha trabajado para proteger el patrimonio natural de nuestro país, representando a los ciudadanos y habitantes de Chile, prestando asesoría en litigación, tanto en tribunales nacionales como en instancias internacionales, consolidándose como una institución seria y responsable llegando a ser la primera y más importante organización jurídica ambiental de interés público.

Por otra parte, destacamos la total independencia de todo órgano gubernamental o político partidista, esto nos dota de la autonomía suficiente para poder defender casos ambientales sin presiones de ningún tipo.

En el ámbito internacional FIMA es miembro de importantes organizaciones como la Alianza de Derecho Ambiental Mundial, ELAW, que apoya el trabajo de abogados y científicos para la protección del medio ambiente; de la Asociación Interamericana de Defensa Ambiental, AIDA, dedicada a la promoción del derecho ambiental; y de Waterkeeper Alliance, organización dedicada al cuidado de las aguas. En el año 2008 se inició el primer programa Waterkeeper en Chile a cargo de FIMA.

www.fima.cl