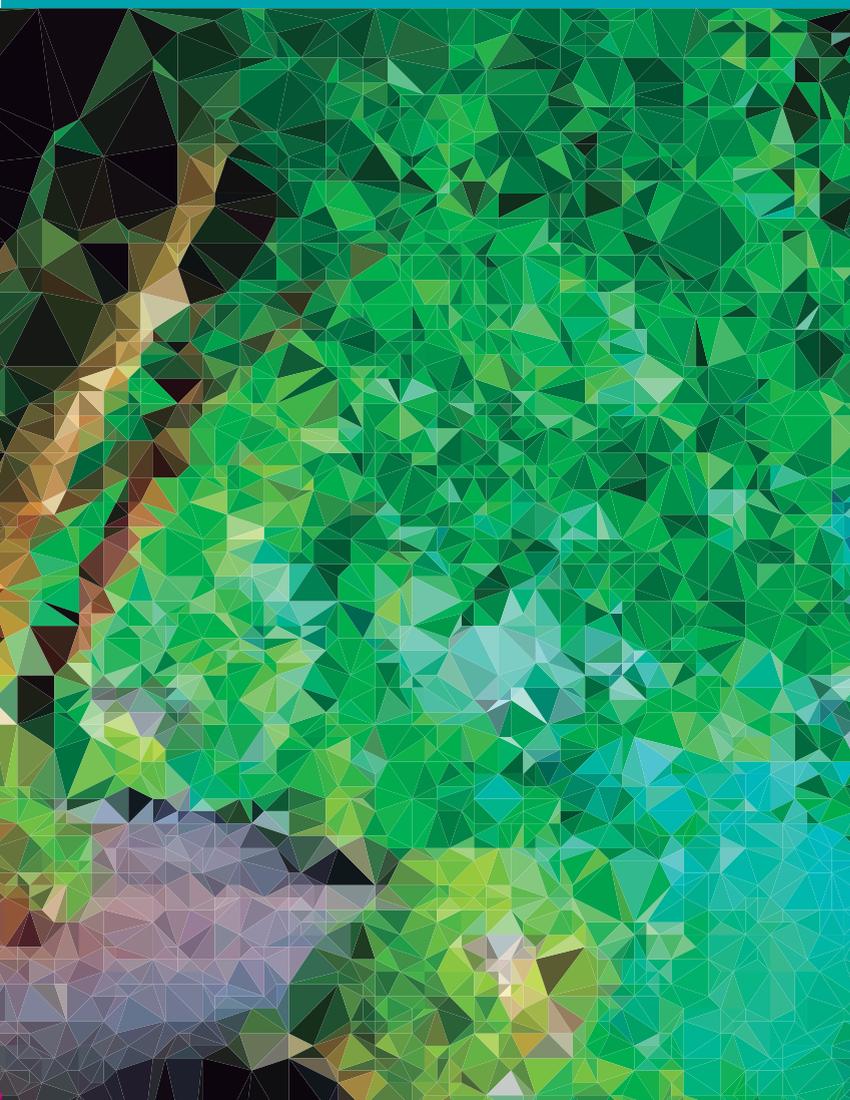


DERECHO AMBIENTAL
REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS

DE
CS | DIRECCIÓN DE ESTUDIOS
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

REVISTA DE COLECCIONES JURÍDICAS

“DERECHO AMBIENTAL”

Edición Julio de 2018

Bandera 206, Of. 702, Santiago, Chile

infodecs@pjud.cl - decs.pjud.cl

IMPRESO EN CHILE

¿Cómo citar este libro?

REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS:

“Derecho Ambiental”.

Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Chile.

Esta obra está disponible bajo licencia Creative Commons

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

DERECHO AMBIENTAL
REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS

REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS DE LA CORTE SUPREMA

En la sociedad actual las personas están ávidas de participación en los todos los ámbitos en que les sea posible ejercer un rol determinante. En el marco de las políticas públicas, la toma de decisiones, más allá de lo meramente formal, se legitima en tanto considere mecanismos de participación ciudadana. De este modo, es necesario que la autoridad proporcione a toda la sociedad información seria, veraz y fundada que les permita una participación real y eficaz en la esfera pública.

5

El Poder Judicial, en el contexto de sus competencias constitucionales y legales, recopila, sistematiza, analiza y divulga información que emana de sus propias actividades en un constante afán de transparentar el quehacer judicial. En esta tesitura, la Corte Suprema se ha comprometido con la gestión del conocimiento generado al interior de la institución, proponiendo, refinando y utilizando una serie de instrumentos que tienen por objeto principal acercar el resultado de la actividad jurisprudencial, con su respectivo análisis, a la ciudadanía interesada. Tal es el objeto del proyecto denominado “Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema”, originado en el año 2014.

Esta Revista se enmarca en el ámbito del referido proyecto, en tanto tiene por objeto divulgar los principales hallazgos observados durante su implementación, con el

convencimiento de que propuestas como esta aportan a la coherencia y certeza jurídica respecto de las temáticas abordadas, no solo respecto de los miembros de la judicatura, académicos e investigadores, abogados y abogadas y profesionales de otras áreas vinculadas al Derecho, sino que también a dirigentes sociales, estudiantes y a la comunidad toda. Entendemos, además, que este objetivo sólo puede lograrse en la medida que la construcción de la herramienta y el tratamiento de la materia se aborde desde distinto ángulos, razón por la que el texto incorpora, además del análisis jurisprudencial, investigaciones doctrinarias elaboradas por destacados juristas nacionales y extranjeros.

Son, por tanto, significativos los beneficios que el Poder Judicial pretende reportar con la publicación de esta Revista siendo, tal vez, el más evidente la generación de una vía de acceso, a la comunidad jurídica y a la ciudadanía en general, a un contenido de carácter científico-jurídico de índole contingente, al mismo tiempo que revela y transparenta el quehacer del Poder Judicial y del servicio que éste presta a través de los tribunales de justicia, en aras a la consecución de los fines planteados en nuestra planificación estratégica a través de sus ejes de acceso, calidad y modernización.

Sirva, pues, la presente publicación como muestra del inagotable esfuerzo del Poder Judicial de reforzar el ideal de servicio público de nuestra institución por medio de un aporte concreto y real, tendiente a efectivizar los derechos de acceso a la información y la justicia.

HAROLDO BRITO CRUZ

Presidente, Corte Suprema de Justicia de Chile

PRÓLOGO

El ejercicio de la acción constitucional de protección en materia ambiental y la entrada en funcionamiento de la nueva institucionalidad, introducida por la Ley N° 20.417 y la Ley N° 20.600, han planteado una serie de interrogantes sobre el ejercicio de las diversas acciones destinadas a la protección del medio ambiente y la aplicación de ciertos principios del derecho ambiental. En ese contexto, la Corte Suprema –a través de su Dirección de Estudios– ha iniciado una reflexión sobre las tendencias jurisprudenciales en estas materias, a la luz de las modificaciones normativas que han tenido lugar durante estos últimos años¹.

Con ello, ésta se hace cargo de las tradicionales preocupaciones planteadas por los especialistas del área, pero también de las nuevas preguntas que surgen a propósito de la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad ambiental y la justicia especializada.

El análisis propuesto por la Dirección de Estudios se organiza alrededor de las problemáticas relacionadas con la acción de protección, la evaluación de impacto

¹ La Dirección de Estudios de la Corte Suprema agradece el generoso aporte realizado por las académicas y el académico, Pilar Morga; Nancy Yáñez y Jordi Jaria, en el marco del Primer Seminario de Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema, realizado durante el mes de noviembre del año 2014, cuyas presentaciones fueron actualizadas al año 2016 y que se publican en la presente Revista.

ambiental, ciertos principios del derecho ambiental y el rol del Comité de Ministros.

En lo que se refiere a la acción constitucional de protección surge la duda sobre la compatibilidad de su ejercicio con el de las nuevas acciones ambientales que ofrece la Ley N° 20.600. La tendencia jurisprudencial identificada en este ámbito por la Dirección de Estudios, acepta la convivencia entre ambas. Lo anterior no quiere decir sin embargo, que tal como se expresa en la obra, dicha acción constitucional pudiera ser utilizada como “vía sustitutiva o paralela de la competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente o los Tribunales Ambientales”.

Vinculado al recurso de protección se desarrolla una segunda cuestión, a propósito de la impugnación, por esta vía, de los actos intermedios, en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental. Las conclusiones del análisis jurisprudencial realizado en la presente obra, nos conducen a descartar la idoneidad de dicha acción para perseguir tal fin, a excepción de las impugnaciones realizadas respecto de los Informes Consolidados de Evaluación (ICE), cuando se trata de casos que exijan la adopción de alguna medida cautelar de carácter urgente.

10

A este propósito, surge también la pregunta sobre la legitimación activa de la acción de protección en materia ambiental y en particular, la referida a las personas jurídicas. Una primera respuesta niega tal legitimación, fundándose en la falta de afectación directa de tales personas, respecto de la vulneración de la garantía constitucional del art. 19 N° 8 de la Constitución Política de la República. Sin embargo, esta conclusión no es unánime, pues existe jurisprudencia en contrario.

En el contexto de la evaluación de impacto ambiental, se identifican tendencias jurisprudenciales en varias materias relacionadas con: 1) el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); 2) el contenido de las resoluciones de calificación ambiental y 3) su efecto.

En relación al primer punto y particularmente a la pertinencia de la acción de protección para juzgar la vía de ingreso al SEIA, la jurisprudencia

de la Corte Suprema adopta un giro a partir de la entrada en funcionamiento de la justicia especializada. Así, de reconocer la idoneidad de la acción de protección para determinar que un determinado proyecto debió someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, en vez de una Declaración, pasa a rechazar tal posibilidad. En materia de modificaciones de proyectos, la Corte sostiene que la autoridad competente para determinar la pertinencia del ingreso de dichas modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), corresponde a la Comisión de Evaluación Ambiental.

Sobre el segundo punto, referido al contenido de las resoluciones de calificación ambiental, se analizan las impugnaciones formuladas en contra de este acto administrativo, fundadas sobre la eventual ilegalidad de la calificación favorable de un proyecto, cuando ésta se ha realizado de forma condicional (requisitos, exigencias y obligaciones). En esta materia, la jurisprudencia de la Corte se ha manifestado a favor de la legalidad de la calificación favorable de un proyecto sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos. Asimismo, ha considerado que tales condiciones forman parte de la resolución de calificación ambiental, al igual que las medidas de mitigación y compensación. Ahora bien, en caso de incumplimiento, sostiene que desde la entrada en funcionamiento de la Superintendencia de Medio Ambiente es ésta la institución competente para establecer las sanciones que correspondan.

Por último, la Corte ha afirmado que la resolución de calificación ambiental tiene efectos respecto de otros organismos de la Administración del Estado.

En cuanto a la aplicación de ciertos principios del derecho ambiental en la jurisprudencia, la Dirección de Estudios se inclina por el análisis de las tendencias jurisprudenciales vinculadas al principio preventivo y precautorio, del cual concluye la falta de reconocimiento expreso en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y aplicación general en la jurisprudencia. Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte reconoce la necesidad de aplicarlos.

A propósito de la institucionalidad ambiental, el análisis de la Dirección de estudios profundiza sobre el Comité de Ministros. La tendencia jurisprudencial identificada en esta materia permite afirmar que la revisión que realiza el Comité de Ministros en el ámbito del artículo 20 de la Ley N° 19.300 corresponde a un acto de tutela, de control administrativo o de supervigilancia, emanado de un vínculo distinto del jerárquico.

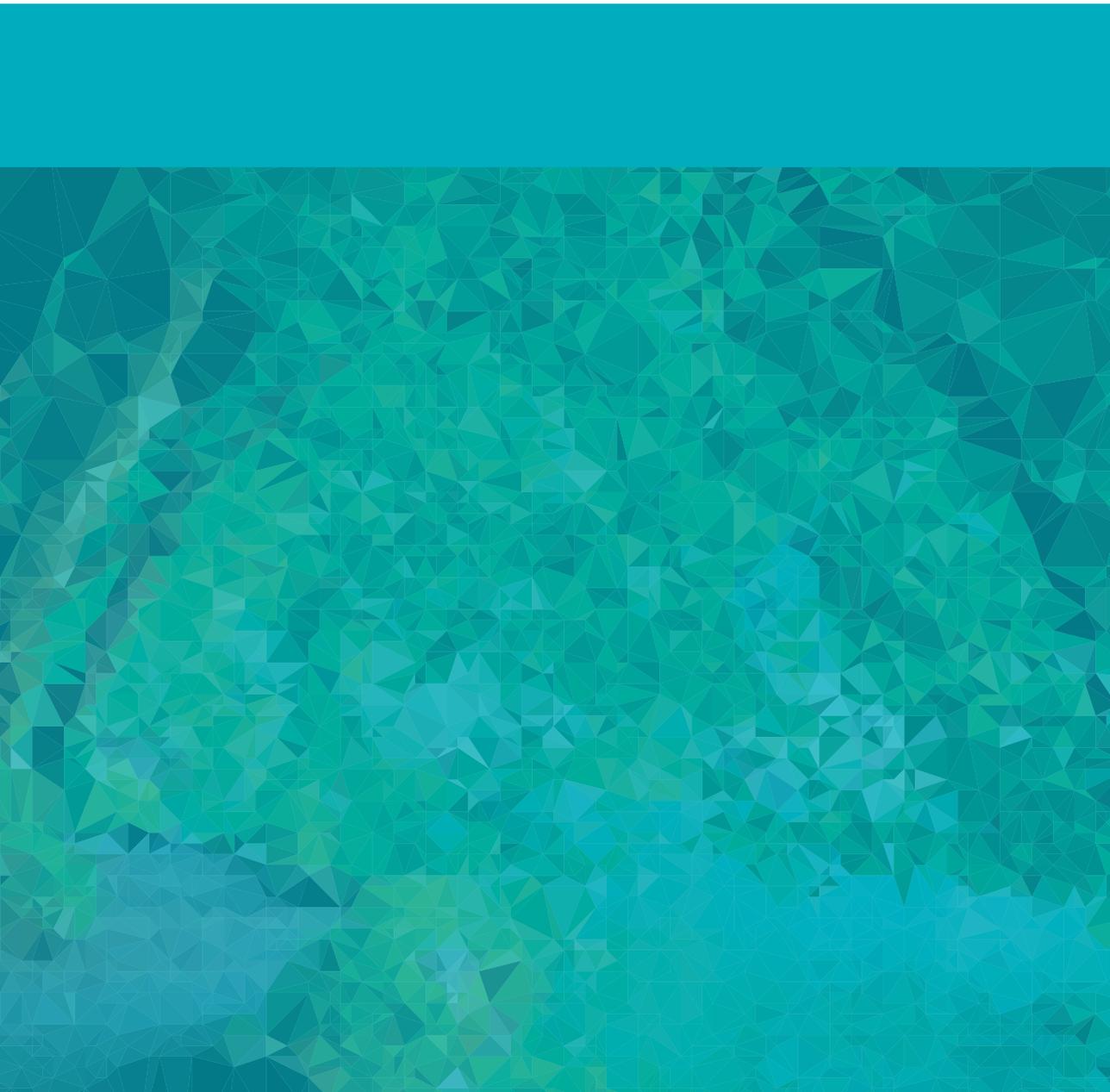
De esta manera el presente trabajo aborda las principales problemáticas que surgen a propósito del ejercicio de las distintas acciones ambientales, contribuyendo así y de manera muy didáctica, a la sistematización de las distintas tendencias jurisprudenciales en un área del derecho en pleno desarrollo. Esto lo hace en un inédito esfuerzo de revisión y transparencia del actuar judicial.

DRA. PILAR MORAGA SARIEGO

Profesora Asociada

Centro de Derecho Ambiental

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile



PRIMERA SECCIÓN

EL FENÓMENO EN CIFRAS

I. SOBRE LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL EN CHILE

La temática ambiental es, sin duda, uno de los desafíos más importantes de nuestra era. La continua degradación y la consecuente afectación del bienestar y subsistencia del ser humano, ha gatillado la toma de roles activos por diferentes actores de la sociedad en la adecuada promoción y protección del medio ambiente. Esto ha posibilitado que el estudio e investigación del derecho, como instrumento de solución a la problemática ambiental, alcance un amplio y respaldado consenso.

En efecto, durante las últimas cuatro décadas el medio ambiente ha sido reconocido por los Estados y la comunidad internacional como un derecho fundamental del ser humano, expresándose en su regulación positiva y en la consagración constitucional de determinados derechos y acciones en favor de las personas. Lo anterior ha implicado, necesariamente, avanzar en el reconocimiento de *“una garantía procedimental que obligue al establecimiento de canales de participación social de aquellas personas, colectivos y asociaciones representativas de los intereses afectados por las políticas ambientales, tanto mediante técnicas de legitimación procesal como a través de instancias de colaboración en el seno de los órganos competentes de las administraciones públicas”*¹.

¹ RUIZ-RICO (2000) p. 154.

De esta forma, en Chile –al igual que en los demás países democráticos–, el reconocimiento constitucional del medio ambiente ha permitido no solo ser un referente fundamental para la implementación de una adecuada institucionalidad ambiental, sino también, para asegurar el resguardo de garantías constitucionales a través de un efectivo acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva, sean éstas concretadas por parte de órganos especializados o bien por los propios tribunales superiores de justicia.

Con la dictación de las leyes N° 20.417² y N° 20.600,³ se estableció en Chile un nuevo modelo de institucionalidad ambiental sustentado en la división de funciones o componentes de la actividad pública en la materia, asignándose éstas a organismos con distintas jerarquías. Al efecto se creó una secretaría gubernamental especial, el Ministerio del Medio Ambiente, que cuenta con servicios específicos como el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente; y órganos jurisdiccionales independientes y especializados: los Tribunales Ambientales.

18

Conforme a lo anterior, y desde un punto de vista orgánico y funcional, la institucionalidad ambiental puede describirse de la siguiente forma: el Ministerio del Medio Ambiente es el ente encargado de definir las políticas y normas de regulación ambiental, con el apoyo del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, instancia que promueve la discusión multisectorial para consultar las propuestas en materia ambiental. Por su parte, la gestión ambiental –específicamente las funciones del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental– corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental; mientras que la inspección, tanto del cumplimiento de las resoluciones de calificación ambiental como de otros instrumentos y normas, radica en la Superintendencia del Medio Ambiente, lo que ha permitido establecer un sistema integrado con un procedimiento sancionatorio único⁴.

² Ley N° 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de enero de 2010.

³ Ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales, 28 de junio de 2012.

⁴ BOETTIGER (2010) p. 442.

Finalmente, los Tribunales Ambientales poseen las funciones de: a) actuar como un órgano de control jurisdiccional de las decisiones de la Superintendencia, b) resolver las controversias contencioso-administrativas en la materia, y c) resolver las demandas por daño ambiental⁵.

En este nuevo contexto institucional, los tribunales de justicia han cumplido un rol esencial en la activación de los contrapesos que califican a un Estado como democrático; así como en la protección de los derechos fundamentales de las personas, actuando como instrumentos a su servicio, especialmente cuando la exigencia de tutela judicial efectiva se hace indispensable.

Han sido, entonces, la extraordinaria complejidad científico-técnica que suponen los casos relativos al medioambiente; la naturaleza de los intereses en juego, que suelen ser “colectivos y difusos”, las peculiaridades que significa la materia ambiental para los enfoques clásicos del derecho⁶, y los desafíos para los operadores justicia, los que han evidenciado la necesidad de trabajar para mejorar el acceso a la justicia ambiental.

Es por ello que se darán a conocer algunas cifras⁷ que dan cuenta de la labor de la institucionalidad ambiental, con enfoque en algunas tendencias observables a partir del año 2013, aproximadamente.

I. SOBRE LA COMPETENCIA DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

El Servicio de Evaluación Ambiental, dentro del ámbito de sus competencias, ha sometido a evaluación a casi dos mil setecientos proyectos, alcanzando un total de ciento noventa y un mil quinientos millones de dólares declarados a inversión, durante los años 2014, 2015 y 2016.

⁵ Mensaje N° 1419/357 que inicia el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, 28 de octubre de 2009.

⁶ Véase: RECIO (2010) s. p.

⁷ Los datos fueron extraídos de las cuentas públicas de la Superintendencia de Medio Ambiente y del Poder Judicial –en el caso de los datos de los Tribunales Ambientales–, así como de los reportes mensuales de Proyectos sometidos a evaluación del Servicio de Evaluación Ambiental. Respecto de los periodos de análisis de los datos, éstos correspondieron a aquellos disponibles en la información consultada y, por tanto, sólo comprenden información estandarizada y que podía ser comparada anualmente. Finalmente, mencionar que tanto las tablas como los gráficos son de elaboración propia de ésta Dirección.

En cuanto a la cantidad de proyectos evaluados, éstos han tenido un comportamiento irregular, siendo el 2015 el año que mayor número de evaluaciones registró, correspondiente a 1.008 anuales y un promedio de 84 mensuales.

El número anual de proyectos evaluados y la inversión total declarada se puede apreciar en la siguiente tabla:

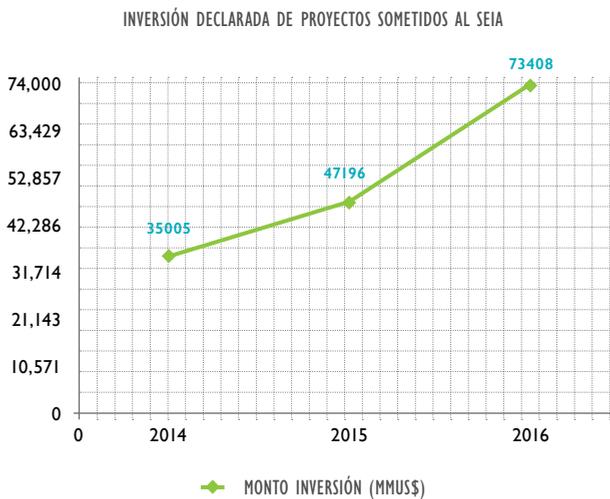
Tabla I. Cantidad de proyectos sometidos al SEIA e inversión declarada 2014-2016

AÑO PRESENTACIÓN	2014	2015	2016	TOTAL
N° Proyectos Presentados	829	1.008	859	2.696
Monto Inversión (MMUS\$)	35.005	47.196	73.408	191.473

El comportamiento de la inversión anual declarada en proyectos sometidos al SEIA se puede ver en el gráfico siguiente:

20

Gráfico I. Inversión declarada en proyectos sometidos a SEIA durante los años 2014-2016



En cuanto a la distribución geográfica de los proyectos sometidos al SEIA, el mayor número de éstos se concentra entre la I región de Tarapacá y la III región de Atacama, con una variación porcentual durante el 2016 que supera, por ejemplo en el caso de Tarapacá, el 1315% de proyectos sometidos a SEIA respecto del año 2015, tal como se aprecia en la tabla siguiente:

Tabla 2. Cantidad de proyectos sometidos al SEIA por Región entre el 2014-2016

REGIÓN	2016	VARIACIÓN %	2015	VARIACIÓN %	2014
XV Arica y Parinacota	566	-68%	1.771	739%	211
I Tarapacá	21.949	1.315%	1.551	-12%	1.760
II Antofagasta	17.072	54%	11.119	60%	6.933
III Atacama	14.935	143%	6.147	-35%	9.434
IV Coquimbo	3.563	43%	2.494	72%	1.446
V Valparaíso	337	-90%	3.344	98%	1.692
Metropolitana	5.806	-49%	11.308	223%	3.499
VI O'Higgins	934	-61%	2.411	2.264%	102
VII Maule	560	19%	469	-3%	484
VIII Biobío	3.052	47%	2.070	-41%	3.479
IX Araucanía	2.231	95%	1.143	34%	856
XIV Los Ríos	267	-70%	882	29%	686
XV Los Lagos	794	159%	307	43%	215
XI Aysén	79	-23%	103	-7%	111
XII Magallanes	333	-31%	480	-67%	1.458
Interregional	930	-42%	1.597	-39%	2.639
TOTAL	73.408	56%	47.196	35%	35.005

Respecto al resultado de la evaluación de los proyectos sometidos al SEIA, el porcentaje de los proyectos “aprobados” se ha mantenido sobre el 90%, con una leve baja de un 2% en los últimos 3 años. Caso contrario a lo que sucede con los proyectos “rechazados”, donde el porcentaje ha mostrado un aumento proporcional en los últimos años.

Lo anterior quiere decir que mientras el porcentaje de proyectos “aprobados” baja alrededor de un 2% anual, el porcentaje de “rechazados” sube el mismo 2%. Dicha tendencia puede ser analizada en la tabla que se presenta a continuación:

Tabla 3. Cantidad de proyectos sometidos al SEIA rechazados y aprobados entre el 2014-2016

AÑO CALIFICACIÓN	APROBADOS	% APROBADOS	RECHAZADOS	% RECHAZADOS	TOTAL
2014	688	95%	40	5%	728
2015	445	94%	26	6%	471
2016	371	92%	34	8%	405
TOTAL	5.116	95%	266	5%	5.382

2. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE

22

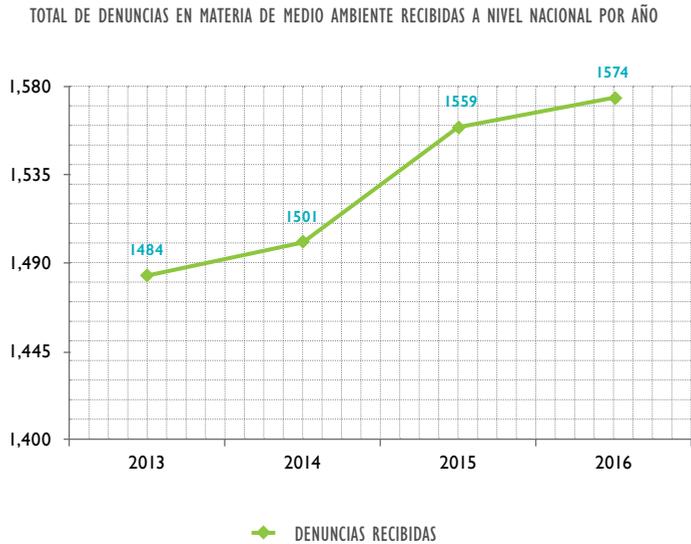
Respecto a la labor de inspección del cumplimiento de las resoluciones de calificación ambiental –así como de otros instrumentos y normas que le compete llevar a cabo a la Superintendencia de Medio Ambiente– es necesario señalar que tanto las *Denuncias Recibidas* como los *Procedimientos Sancionatorios* han ido en aumento en los últimos 4 años analizados, donde el porcentaje de “procedimientos sancionatorios” iniciados por “denuncia” llegaron a representar el 60% del total de los “procedimientos sancionatorios” iniciados durante el año 2016.

Tabla 4. Denuncias Recibidas y Procedimientos Sancionatorios iniciados. Periodo 2013-2016

AÑO	2013	2014	2015	2016
Denuncias Recibidas	1.484	1.501	1.559	1.574
Procedimientos Sancionatorios Iniciados en todo el país	70	113	142	149
Procedimientos Sancionatorios Iniciados por Denuncia	27	27	74	89

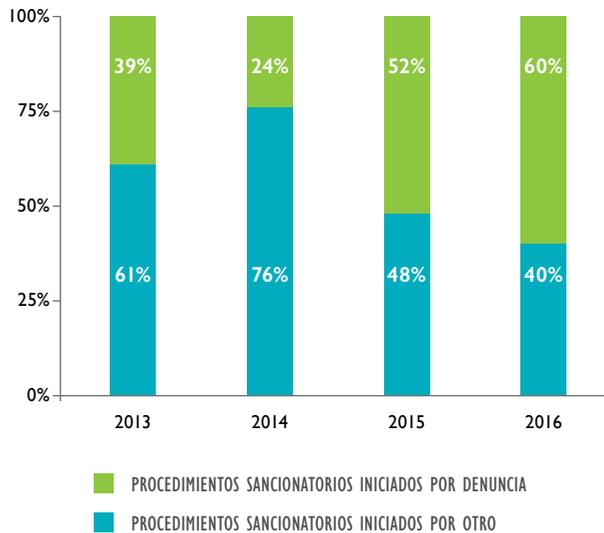
El comportamiento de las denuncias recibidas en materia de Medio Ambiente es el siguiente:

Gráfico 2. Denuncias anuales recibidas en materia de Medio Ambiente durante el periodo 2013-2016



El comportamiento de los procedimientos sancionatorios y la composición de éstos en relación a las denuncias recibidas, es el que se muestra a continuación:

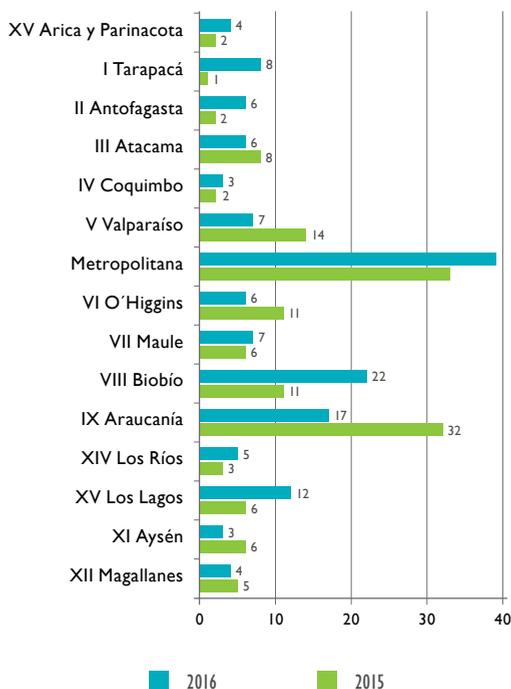
Gráfico 3. Comportamiento de Procedimientos Sancionatorios iniciados en todo el país. Periodo 2013-2016



Si concentramos el análisis en los dos últimos años, veremos que los procedimientos sancionatorios más elevados se repiten en 3 regiones del país, siendo éstas la Región (i) Metropolitana, (ii) VIII del Bío Bío y (iii) IX de la Araucanía.

De aquellas que obtuvieron un alto número de sanciones durante el año 2015 y que no se encontraron dentro de las regiones con mayores sanciones durante el año 2016, están la región (i) III de Atacama, (ii) V de Valparaíso y (iii) VI de O'Higgins; mientras que aquellas regiones que obtuvieron mayores sanciones durante el año 2016, no así durante el año 2015, están la región (i) I de Tarapacá y (ii) XV de los Lagos.

Gráfico 4. Procedimientos Sancionatorios Iniciados por Región. Periodo 2015-2016



3. SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Respecto a los asuntos que le compete resolver a los Tribunales Ambientales –en correspondencia a las controversias ambientales de su competencia y demás asuntos que la ley somete a su conocimiento (artículo 1, Ley N° 20.600)– es necesario señalar que en los últimos 4 años, tanto en el *Tribunal Ambiental de Santiago* como el *tribunal Ambiental de Valdivia*⁸, ha existido un aumento progresivo de causas, donde, por ejemplo, el *Tribunal Ambiental de Santiago* alcanzó una variación porcentual del 79% de las

⁸ No se hace mención al Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta, en consideración a que se instaló recién el pasado 3 de julio de 2017, y respecto de éste aún no constan datos acerca de su funcionamiento.

causas ingresadas a dicho tribunal el año 2016, respecto de los ingresos que se produjeron durante el año 2015.

En cuanto a los asuntos conocidos, el mayor porcentaje de ingresos en ambos tribunales se relacionan a *Reclamaciones de Ilegalidad de Actos de Administración*, mientras que los asuntos menos conocidos por Tribunales Ambientales son *Consultas de la Superintendencia del Medio Ambiente*.

El comportamiento de ingresos anuales puede verse en la tabla siguiente:

Tabla 5. Causas ingresadas a Tribunales Ambientales, periodo 2013-2016⁹

INGRESOS POR TRIBUNAL AMBIENTAL	TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO				TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA			
	2016	2015	2014	2013	2016	2015	2014	2013
Reclamaciones de Ilegalidad de Actos de Administración	52	31	38	19	21	15	8	1
Demandas por reparación de daño ambiental	13	5	6	7	9	10	4	-
Solicitudes de autorización de medidas provisionales de la Superintendencia del Medio Ambiente	34	10	5	6	6	5	3	-
Consultas de la Superintendencia del Medio Ambiente	1	2	1	2	-	-	-	-
Otros	-	8	-	-	1	-	1	-
TOTAL	100	56	50	34	37	30	16	1

⁹ La Materia "Otros" que registra la tabla, hace referencia a Exhortos –en el caso del Tribunal Ambiental de Santiago–; mientras que en el Tribunal Ambiental de Valdivia en el año 2014, el apartado "Otros" correspondió a una causa ingresada en 2014, correspondiente a una solicitud de certificación por parte de una empresa privada. En cuanto a clasificación "otros" para el año 2016, ésta es desconocida.

II. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Una vez abordados los datos recopilados desde los buscadores informáticos de la Superintendencia de Medio Ambiente, del Servicio de Evaluación Ambiental y de los Tribunales Ambientales, que dan cuenta del contexto general de cierta conflictividad en materia ambiental, cabe a continuación hacer referencia a la labor del Poder Judicial expresada en cifras.

Es vasto el campo de acción de los tribunales de justicia respecto a los conflictos suscitados en torno al medio ambiente, inabarcables todos en el marco de la presente publicación. Bajo este contexto y para esta primera entrega, se realizará un análisis descriptivo correspondiente a la Colección Jurídica de Derecho Ambiental, que aborda el recurso de protección vinculados a las resoluciones de calificación ambiental.

El análisis de esta materia se enmarca en los recursos de apelación conocidos por la Tercera Sala de la Corte Suprema, interpuestos en contra de sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones del país en el ejercicio de su competencia para conocer y fallar la acción de protección en primera instancia.

El alcance temporal de este estudio corresponde al período transcurrido entre los años 2010 a 2016; analizándose los fallos encontrados en la base jurisprudencial del Cen-

tro Documental¹, bajo los siguientes parámetros de búsqueda: “ambiental”, y “recursos de protección”, “calificación ambiental”, entre otros.

A continuación se presenta la estadística del análisis de datos obtenida de las sentencias estudiadas:

I. FALLOS DE RECURSOS DE PROTECCIÓN EN LA CORTE SUPREMA

Considerando el año de ingreso de cada uno de los recursos de protección apelados ante la Corte Suprema, se distingue la siguiente distribución:

Tabla 6. Recursos fallados en la Corte Suprema según año de ingreso. 2009-2016

AÑO DE INGRESO	%	N° FALLOS
2009	1%	1
2010	13%	9
2011	9%	6
2012	13%	9
2013	19%	13
2014	29%	20
2015	6%	4
2016	9%	6
TOTAL	100%	68

Corresponde a un número de 68 los recursos analizados que ingresaron a la Tercera Sala de la Corte Suprema, presentando a su vez una distribución que refleja el mayor ingreso entre los años 2013 y 2014, correspondiente al 32% del total de recursos de protección en materia de calificación ambiental estudiados.

¹ El Centro Documental es un organismo especializado, técnico y profesional, que integrando diversas ciencias y áreas de trabajo (jurídica, informática, documental), se encarga de entregar a todo el Poder Judicial, el apoyo necesario para su gestión institucional. Está encargado, además, del desarrollo de una serie de Bases de Datos, para el uso interno del Poder Judicial referentes a jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema; bases de sentencias actualizadas en diversos tribunales del país; y una base de Códigos de la República.

2. PARTES INTERVINIENTES

Para distinguir aquellas partes intervinientes, es decir, recurrentes y recurridos, se realizó una categorización que permitió presentar de manera más ordenada y clara la información.

2.1. Recurrentes

Al conocer aquellas partes que recurrieron ante la Corte Suprema apelando al recurso de protección en materia de calificación ambiental, es posible distinguir que fueron *personas naturales* aquellos actores con mayor frecuencia (21), seguido por las *empresas y sociedades agrícolas, pesqueras y mineras* (18). Por su parte, las *Municipalidades* se presentaron como recurrentes en 11 causas, y las *Juntas de Vecinos, Sindicatos y Agrupaciones* en un total de 10 causas.

Entre otros intervinientes se encuentran: Comunidades y Asociaciones indígenas, la Comisión de Evaluación Ambiental, la Confederación Nacional de Federaciones de Pescadores Artesanales de Chile (CONFEPACH), entre otros que se presentan en la siguiente tabla de acuerdo a su participación:

Tabla 7. Participación de intervinientes, recurrentes, en causas

TIPO RECURRENTE	N° FALLOS
Personas Naturales	21
Empresas, Sociedades (Agricultoras, Pesqueras, Mineras)	18
Municipalidades, Alcaldes	11
Comités, Juntas de Vecinos, Agrupaciones, Sindicatos	10
Comunidades, Asociaciones indígenas	9
Comisión de Evaluación Ambiental	8
CONFEPACH	4
Senadores, Diputados	4
Comité de Ministros	3
Fiscalía de Medio Ambiente	2

2.2. Recurridos

De aquellas organizaciones, instituciones o actores que participaron como recurridos, el que presenta mayor cantidad de causas son las Empresas o Sociedades de tipo eléctrico, de aguas y mineras (25), seguido por la Comisión de Evaluación Ambiental (21) y por Personas Naturales con 20 causas.

Entre otros recurridos se encuentran los Comités, Juntas de Vecinos, Agrupaciones, Sindicatos; las Personas naturales; Intendencia y Superintendencias; Municipalidades, entre otras que se presentan a continuación:

Tabla 8. Participación de intervinientes, recurridos, en causas

TIPO RECURRIDO	Nº FALLOS
Empresas, Sociedades (Eléctricas, Aguas, Mineras)	25
Comisión de Evaluación Ambiental	21
Personas Naturales	20
Intendencias, Superintendencias, Servicios Gubernamentales	15
Servicio de Evaluación Ambiental	13
Comités, Juntas de Vecinos, Agrupaciones, Sindicatos	13
Comunidad, Asociaciones indígenas	7
Municipalidades, Alcaldes	6
Comité de Ministros	1

3. TIPOS DE TÉRMINO

Considerando la decisión tomada por los integrantes de la Tercera Sala respecto a cada uno de los recursos de protección apelados, se presenta la trayectoria que ha tenido el recurso desde que fue interpuesto a la Corte de Apelaciones correspondiente, hasta su apelación en la Corte Suprema.

Así, es posible distinguir por tipo de recurso lo siguiente:

Tabla 9. Trayectoria Recursos de Protección apelados a CS

DECISIÓN ICA	DECISIÓN CS	Nº FALLOS
Acoge	Confirma	9
	Revoca	7
	Sin pronunciamiento	1
Rechaza	Confirma	36
	Revoca	15
TOTAL		68

De la tabla se distingue que 17 recursos de protección fueron acogidos por las Cortes de Apelaciones respectivas, mientras que 51 fueron rechazados. Al conocer el fallo pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema para cada una de las causas apeladas, se distingue que de aquellas causas acogidas por el tribunal de alzada, el máximo tribunal confirmó 9 causas², revocó 7³ y dejó sin pronunciamiento 1 causa, dejando estipulado que ésta deberá remitirse a lo pronunciado en el caso anterior⁴.

Por el contrario, de aquellos recursos rechazados por las Cortes de Apelaciones respectivas, la decisión del máximo tribunal estableció la confirmación de 36 recursos, rechazando por tanto la apelación, mientras tanto, revocó 15 causas acogiendo la apelación.

4. PARTICIPANTES EN LA DECISIÓN

De los Ministros y Ministras participantes en los fallos de las apelaciones a recursos de protección en materia de calificación ambiental, se

² Respecto de una causa, la Corte Suprema confirma la decisión de la Corte de Apelaciones acogiendo respecto a la Compañía Minera Nevada SpA y rechazando respecto de la Comisión de Evaluación Ambiental.

³ Se distingue que en una de las causas acumuladas, la Corte Suprema confirma la decisión del tribunal de alzada rechazando el recurso.

⁴ Causa anterior rol 7071-2012.

distingue que en los últimos 6 años el total de Ministros y Ministras intervinientes alcanza a 26, mientras que la participación de Abogados integrantes ha sido de 18. Respecto a los Ministros y Ministras, se distingue que el Ministro Sr. Pedro Pierry (50) es quien ha presentado mayor participación en el conocimiento de estas causas, seguido por el Ministro Sr. Héctor Carreño (41) y la Ministra Sra. María Eugenia Sandoval (36).

Gráfico 6. Porcentaje participación de la decisión según Ministro

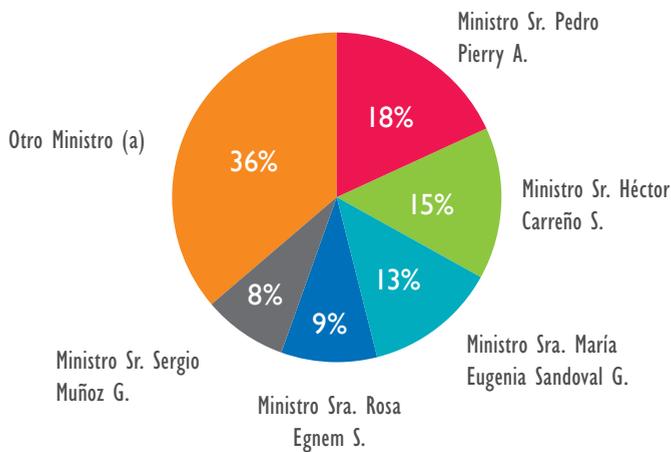
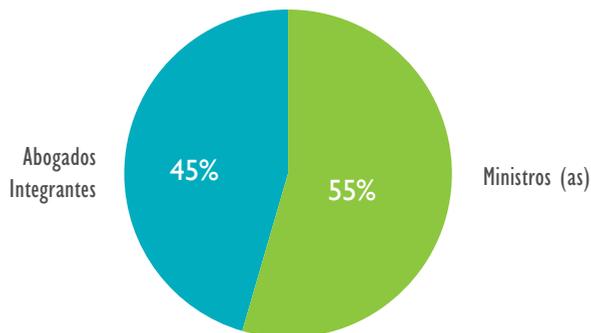


Gráfico 7. Porcentaje de ministros y abogados integrantes según participación en la decisión



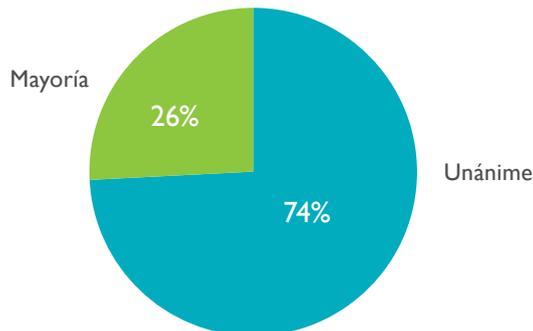
5. TIPO DE VOTACIÓN

En cuanto al tipo de votación sostenido por los integrantes de la Tercera Sala, en 50 recursos de protección apelados, es decir en el 74% de los recursos analizados, se presentó una votación de tipo unánime, mientras que en 18 casos, correspondiente al 26%, se presentó disidencia por parte de algún Ministro, Ministra o Abogado Integrante.

Tabla 10. Tipo de votación Corte Suprema

TIPO VOTACIÓN	%	N° FALLOS
Mayoría	26%	18
Unánime	74%	50
TOTAL	100%	68

Gráfico 8. Porcentaje de fallos según votación



6. TIEMPO DE CONOCIMIENTO Y FALLO DE RECURSOS

Para este tipo de causas se distingue que el promedio de días transcurrido entre que se apeló la sentencia ante la Corte Suprema y se dictó el fallo, es de 118 días, presentando un mínimo de 22 días y un máximo de 225 días.

La distribución del tiempo de conocimiento de los recursos de protección apelados se presenta a continuación:

Tabla II. Tiempo entre ingreso y fallo de Recursos de Casación en el Fondo

TIEMPO EN DÍAS (INGRESO/DECISIÓN)	%	Nº FALLOS
Menos de 25 días	1%	1
Entre 26 y 50 días	3%	2
Entre 51 y 75 días	15%	10
Entre 76 y 100 días	25%	17
Entre 101 y 125 días	4%	3
Entre 126 y 150 días	29%	20
Entre 151 y 175 días	7%	5
Entre 176 y 200 días	13%	9
Más de 200 días	1%	1
TOTAL	100%	68

Por lo tanto, es posible distinguir que del total de recursos de protección analizados, el 29% presentó un tiempo de dictación de fallo que varió entre 126 y 150 días, seguido de un 25% en los cuales se dictó sentencia entre los 76 y 100 días. Finalmente, en un 15% se reveló un tiempo de pronunciamiento que varió entre los 51 y 75 días.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2010): “Nueva Institucionalidad Ambiental”, *Revista Actualidad Jurídica* N° 22, (Santiago, Universidad del Desarrollo).

RECIO, María Eugenia (2010): “El acceso a la justicia y a la información ambiental en la región. El trabajo del PNUMA y la agenda ambiental regional”, en *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*, (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente).

RUIZ-RICO, Gerardo (2000): *El derecho constitucional al medio ambiente* (Madrid, Tirant lo Blanch).

SEGUNDA SECCIÓN

DOCTRINA

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL¹

Dra. Pilar Moraga Sariego²

RESUMEN: El presente artículo analiza la aplicación, por parte de la jurisprudencia nacional, de los principios del Derecho Ambiental, en particular el desarrollo sustentable, el principio 10 de la Declaración de Río y el principio preventivo y precautorio, en miras a definir el nivel de reconocimiento y el desarrollo de su significado. Entre los resultados obtenidos se advierte el apego de los Tribunales al reconocimiento de los principios del Derecho Ambiental en relación al ordenamiento jurídico interno, y excepcionalmente al Derecho Internacional.

40

Asimismo, parecería que el desarrollo jurisprudencial del contenido de tales principios evoluciona lentamente en el marco de un reconocimiento cada vez mayor del rol interpretativo de los mismos, respecto de las normas ambientales.

ABSTRACT: This paper analyzes the national jurisprudence in relation with the principles of international environmental law, in particular the sustainable development, principle 10 of Rio Declaration and preventive and precautionary principle. One of the given results is how the principle of environmental law is recognized by the Courts in regards to national legal frame work and exceptionally with international law. Also, it seems

¹ Se agradece a los proyectos Fondap de Excelencia, Centro de la Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2), N°15110009, y Centro de Energía Solar (SERC-Chile), N°15110019, en el marco de los cuales se realizó el presente artículo.

² Abogada U. de Chile. Dra. en Derecho U. de Lille 2-Francia. Profesora Asociada Facultad de Derecho Universidad de Chile, pmoraga@derecho.uchile.cl.

that jurisprudential development of such principles are changing slowly, when on the other hand, exists a better recognition of interpretation role of environmental norms in the judge's work.

I. INTRODUCCIÓN

Los principios del Derecho Ambiental constituyen una piedra angular de esta nueva rama del Derecho, que inspira la labor del legislador y del juez en la elaboración de las normas ambientales y su aplicación al caso concreto, respectivamente. Éstos plantean la necesidad de adoptar medidas antes de ocurridos los daños al medio ambiente (principio de prevención), con el objeto de proteger los intereses de las generaciones futuras (principio del desarrollo sustentable), en un contexto de rápida evolución de los ecosistemas, sujeto a una incertidumbre científica constante (principio precautorio), en el que la equidad entre los seres humanos, es una noción en permanente amenaza (principio 10 de acceso a la justicia, acceso a la información ambiental y participación).

Los Tribunales Superiores de Justicia han aplicado los principios del Derecho Internacional del Medio Ambiente en sus fallos. Sin embargo en la mayoría de los casos, lo han hecho invocando el marco jurídico interno y de manera excepcional, el Derecho Internacional. Al respecto se puede destacar el voto disidente del entonces Ministro Muñoz, hoy Presidente

de la Corte Suprema, en el caso relativo al proyecto “Depósito de Cenizas Las Trancas”, a propósito del cual subraya la necesidad de tomar en cuenta los principios del Derecho Ambiental que emanan del Derecho Internacional, incluida la *softlaw*.

“9° Que en el marco de lo que es el estudio de los antecedentes en una evaluación ambiental, resulta indispensable tener presente los principios inspiradores de la normativa de la ley 19.300 y su reglamento, como los suscritos por los Jefes de Estado y de Gobierno, como lo son los de Estocolmo de 1972, Río de Janeiro de 1992 y reiterados el presente año en Río+ 20”³.

Los principios más utilizados por la jurisprudencia nacional son el desarrollo sustentable, el preventivo y el precautorio y el principio 10 (acceso a la justicia, la información y participación ambiental). En menor medida se han pronunciado sobre el principio del que contamina paga y en alguna ocasión al principio de la cuna a la tumba⁴.

42

En este contexto, se ha discutido el rol de tales principios, así como el significado de los mismos. Respecto del primer aspecto, se reconoce de manera amplia su vocación interpretativa.

“Vigésimo noveno (...). I.- Voto de la Ministro señora Araneda: (...) 3) Que cualquiera sea el cuerpo normativo aplicable al proyecto, según la etapa del mismo, éste debe ser estudiado y analizado por los organismos de rigor bajo el prisma de los principios ambientales que se han tenido a la vista al momento de legislar”⁵.

“Séptimo: (...) el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (...) ha incurrido en ilegalidad al dejar de aplicar el texto expreso de la ley y obviar los principios que la rigen...”⁶.

³ Destacado por la autora, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°4755-12, 26 de octubre de 2012.

⁴ Caso “Almacenamiento de Residuos Tóxicos. Traslado de Residuos Tóxicos, Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 5904-1998, 26 de junio de 1998.

⁵ Destacado por la autora, HIDROAYSÉN, Voto Disidente de la Ministro señora Araneda, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°10.220-2011, 4 de abril de 2012.

⁶ Destacado por la autora, Central Río Cuervo, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol 2463-2012, 11 de mayo de 2012.

“Cuadragésimo octavo: Que frente a tal escenario, esta Corte Suprema, sin entrar al análisis o ponderación de los errores técnicos que pudieron existir en las mediciones y a fin de dilucidar la controversia surgida sobre el tema, analizará el asunto de la calificación a la luz de los principios y normas legales que rigen la materia”⁷.

A su vez, se les atribuyen otras vocaciones que van mucho más allá de la mera interpretación, al considerarlos “integradores de Ley”, “filtros purificadores”, “diques de contención”, “orientadores”, entre otros, pudiendo para algunos, llegar a ser “vinculantes y perentorios” para el juez.

“• Constituyen el fundamento y razón esencial del sistema que inspiran;

- Orientan el desarrollo de las instituciones y su regulación. Son fundantes de la actividad legislativa, de la actuación del ejecutivo, inspiradores de la labor jurisdiccional y corresponde sean observados por todos los individuos, como personas naturales, jurídicas e instituciones, tanto de carácter nacional e internacional, además de los propios Estados y organismos internacionales;*
- Conforme a ellos se estructura el proceder o la actuación válida de los individuos y las autoridades, por lo que pueden demandar su aplicación también todas las personas. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste toda su significación;*
- Son principios de interpretación de sus disposiciones, por la necesaria congruencia entre ellos como criterios generales y las normas concretas que los llevan a la práctica en las situaciones particulares. Inspiran, por ello, al operador de las normas;*
- Integran la ley, en los casos en que sea necesario, cuando no existe norma;*

⁷ Central Castilla, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° 1.960-2012, 28 de agosto de 2012.

- Tienen un **carácter enunciativo**, no descarta la concurrencia de otros que puedan ser consecuencia del desarrollo de la disciplina que regula la actuación de la autoridad o que impulse el propio legislador;
- Sirven de **filtro purificador**, cuando existe contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse al sistema especial de al que aquellos se refieren;
- Suelen servir como **diques de contención** ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas o especialidades del derecho. Sirven como **valla defensiva** contra la invasión de otras legislaciones relativas a materias diversas y que no guardan relación con el sistema regulado;
- Actúan como **cuña expansiva** para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de la especialidad;
- **Fortalecen el valor de la seguridad jurídica** de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad;
- Tienen una **capacidad propia, heurística**: para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución; **inventiva**: para organizar o descubrir combinaciones nuevas; **organizativa**: para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica; son ellos los que prestan a ésta su **dinamicidad característica**, su innovación y su evolución, y
- Son **recreadores** de normas obsoletas;
- Constituyen un **conjunto de orientaciones** de la actuación de los particulares y de la autoridad;
- Al referirse a un derecho humano esencial, son diferentes de los que se encuentran presentes en las relaciones regidas únicamente

por el Derecho Público o por el Derecho Privado, derivado de la responsabilidad que impone a todos la preservación y protección del medio ambiente, por lo cual se puede sostener que son postulados que obligan a la humanidad en su conjunto, constituyéndose en una realidad que no es posible desconocer, no obstante no exista ninguna norma que así lo disponga, el positivismo jurídico cede ante un avasallador desarrollo de la ciencia jurídica al respecto;

- *Tienen un carácter material, formal y procesal, los que vienen condicionados por la naturaleza de la materia a que se refieren y por lo mismo son válidos en todos los ámbitos, exceden el propiamente ambiental y pueden ser generales, particulares y técnicos. Unos rigen la actividad de la Administración, algunos la de los administrados, y otros, la interacción de ambos en los actos, convenciones y procedimientos seguidos por la misma Administración e incluso por el órgano jurisdiccional, sea en el contexto nacional o internacional, por las personas o por los Estados;*
- *Los principios, atendida la materia, pueden ser vinculantes y perentorios para todos los operadores, esto es, para las autoridades nacionales, entre ellas para los legisladores, gobiernos, tribunales e individuos particulares, como para los Estados en sus relaciones internacionales”.*⁸

En cuanto al contenido de los principios del Derecho Ambiental, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha entregado elementos para su mejor comprensión, algunas veces de manera precisa y contundente, en otras más confusa.

Conforme a lo anteriormente expuesto, el objetivo de este trabajo es la realización de un análisis crítico del tratamiento de los principios del Derecho Ambiental por parte de la jurisprudencia nacional, particularmente el del desarrollo sustentable (I), principio 10 (II) y preventivo y

⁸ Destacado por la autora. Fallo “Depósito de Cenizas las Trancas”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° 4755-2012, 26 de octubre de 2012. Voto disidente Ministro Muñoz.

precautorio (III). Para ello se identificará el nivel y tipo de reconocimiento de tales principios, en virtud del derecho interno o internacional, así como los elementos que dan contenido a los mismos.

II. DESARROLLO SUSTENTABLE

Es en el Informe Brundtland de 1987: “Nuestro futuro Común”, donde se consagra por primera vez el concepto de desarrollo sustentable, concebido en los términos siguientes: “Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades”. Luego se plasmará jurídicamente en la Declaración de Río de 1992.

Nuestro legislador por su parte, lo define como: “el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras” (art.2 letra g), Ley 19.300).

La jurisprudencia, por su parte, le reconoce un rol interpretativo, que se divide entre el apego a la definición legal y la concepción amplia propuesta por el derecho internacional.

I. RECONOCIMIENTO POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La jurisprudencia nacional se ha referido al desarrollo sustentable a propósito del no respeto del Principio 10 de la Declaración de Río, en particular del principio de acceso a la información y de participación. Esto no es extraño, si se considera la visión de la doctrina en esta materia, según la cual la ambigüedad de este principio, calificado como una “noción en construcción” o “concepto camaleón”, favorece la utilización de otros principios para concretar su contenido⁹.

⁹ LASCOURMES (2005), p. 95. PERELMAN, VANDER, ELST (1984) 377 p.

En esta perspectiva es útil recordar el caso de la “Central Termoeléctrica Pirquenes”, en el marco del cual los recurrentes manifiestan que el desarrollo sustentable constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Ambiental, del cual depende la realización de otros principios, como el de “acceso a la información”. La Corte de Apelaciones de Concepción por su parte, sostiene la necesidad que el titular del proyecto lo someta nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), esta vez, vía Estudio, en miras a cumplir con el proceso de participación ciudadana, prevista por la Ley en este contexto. Para ello, la Corte de Apelaciones antes aludida, fundamenta su razonamiento en la falta de sustento de la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2011, que aprueba dicho proyecto. Esto la convierte, a su juicio, en una decisión arbitraria e ilegal, susceptible de afectar la garantía constitucional del artículo 19 N°8.

“Manifiesta que se han infringido los principios de transparencia y publicidad preceptuado en el artículo 17 inciso primero de la Ley N° 19.880, ya que los argumentos dados por los miembros de la Comisión son absolutamente ambivalentes, vagos, carentes de fundamento técnico y analizado puramente desde un punto de vista económico, despreciando el principio fundamental del Derecho Ambiental del desarrollo sustentable que debe ser rector en toda decisión en esta materia”¹⁰.

47

En otros casos se ha vinculado el desarrollo sustentable a la participación ciudadana y específicamente, a la participación de las comunidades indígenas.

“SEPTIMO: Que sin embargo, pese a que el objetivo primordial del nuevo instrumento de planificación territorial que se pretende implementar en la comuna de San Pedro de Atacama pareciera ser –como se indicó en el motivo anterior– el desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí

¹⁰ Destacado por la autora. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1879, 27 de agosto de 2012.

existente, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, cuyo artículo 4° previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos”¹¹.

También se reconoce la aplicación del desarrollo sustentable en relación al deber de la autoridad de actuar de conformidad con dicho principio. Tal interpretación surge del entendimiento que la Corte de Apelaciones de Santiago realiza sobre el ejercicio de las competencias de la Dirección General de Aguas en materia de protección del recurso hídrico.

“4°) (...) En la situación de que se trata, el reclamante no acreditó la disponibilidad del recurso, mediante los antecedentes técnicos necesarios a este fin y por el contrario, la Dirección General de Aguas en uso de su deber de velar por el desarrollo sustentable del recurso hídrico (artículo 299 letras a) y b) del Código de Aguas) dispuso la elaboración por el Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la Minuta Técnica N° 113 de 19 de agosto de 1999, la que determinó, que la zona Chacabuco Polpaico en la cual se encuentran las captaciones del reclamante, quedaba cerrada a partir del 1° de junio de 1997 (...)»¹².

En este caso, el texto del Código de Aguas es interpretado por la Corte de Apelaciones de Santiago a la luz del desarrollo sustentable, en lo que dice relación con el deber de la Dirección General de Aguas de planificar el desarrollo del recurso hídrico. Para ella, tal desarrollo debe entenderse en términos de sustentabilidad, pese a que el legislador nunca menciona este concepto: *“La Dirección General de Aguas tendrá las atribuciones y funciones que este código le confiere, y, en especial, las siguientes: a)*

¹¹ Destacado por la autora. Caso “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°258, 13 de julio de 2011.

¹² Destacado por la autora. Sobre “Solicitud de Constitución de Derecho de Aprovechamiento de Aguas Subterráneas Denegada”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°7812-1999, 20 de junio de 2001.

Planificar el desarrollo del recurso¹³ *en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento; b) Investigar y medir el recurso*” (Art. 299, Código de Aguas).

En efecto, la Corte realiza una interpretación extensiva del texto legal, al considerar que el concepto de “desarrollo” del art. 299 a) del Código de Aguas, como “desarrollo sustentable”. La distinción entre ambos es sustancial, pues mientras el primero (desarrollo) propone un crecimiento económico a secas, el segundo (desarrollo sustentable) busca incorporar objetivos de justicia social, a través de la protección del medio ambiente y del desarrollo social. Ciertamente, una interpretación sistemática del Código de Aguas en relación a la Ley 19.300 podría haber conducido a ese resultado de manera más robusta, sin embargo la Corte no entrega luces del camino que la hace arribar a esta interpretación. Pese a lo anterior, cabe reconocer que conforme al estado actual de conocimiento y evolución del País, es difícil seguir apegados a un concepto de desarrollo completamente cuestionado.

Esta idea del deber de la autoridad de actuar en conformidad al desarrollo sustentable, se confirma en el caso del “Parque Pumalín”, en el marco del cual se discute la legalidad de las bases de un acuerdo celebrado entre particulares y el Estado de Chile. A este propósito, la Corte de Apelaciones de Santiago considera al desarrollo sustentable como una cuestión de “interés general”.

“16°) Que, en consecuencia, la participación de las autoridades gubernamentales en el acuerdo de que se trata, se encuentra inspirada en decisiones que están destinadas a cautelar asuntos de alto interés general; esto es, el desarrollo sustentable del país, la preservación del ambiente y de sus ecosistemas, el desarrollo humano e integración armónica con el entorno, la promoción cultural y turística, la continuidad territorial y libre circulación, frente a un proyecto de inversión privado presentado por

¹³ Destacado por la autora.

un propietario de grandes extensiones territoriales, de nacionalidad extranjera y amparado en el Estatuto de Inversión Extranjera, que ha respetado el ordenamiento jurídico nacional”¹⁴.

De los casos analizados anteriormente se puede concluir que la jurisprudencia nacional invoca el desarrollo sustentable en relación al ordenamiento jurídico interno, pese a que las partes han intentado establecer, en ocasiones, un vínculo con el Derecho Internacional, en particular con la Convención de Washington.

“El principio de desarrollo sustentable que guía a la Convención de Washington tiene por objeto la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, conceptos todos que se reproducen a su vez en las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley N° 19.300, y ello, sumado al hecho que el proyecto no afecta paisajes de incomparable belleza, formaciones geológicas extraordinarias u objetos naturales de interés científico o histórico, ni causaría la extinción de las especies que ocupan la superficie a inundar, permite concluir que no se atenta contra el espíritu del artículo 3° de la Convención”¹⁵.

Tal reconocimiento por parte de la jurisprudencia ha generado un pronunciamiento por parte de los Tribunales, del significado de este paradigma.

2. CONTENIDO DEL DESARROLLO SUSTENTABLE SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La jurisprudencia nacional es contradictoria al momento de definir el desarrollo sustentable, compuesto, según el Derecho Internacional, por tres dimensiones (protección del medio ambiente, social y econó-

¹⁴ Destacado por la autora, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°8579-2003, 20 de mayo de 2005.

¹⁵ Destacado por la autora. Caso “Proyecto Hidroeléctrico Aysén”, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°153-2011, 06 de octubre de 2011.

mica). En efecto, parte de ella, identifica en este principio solo uno de tales aspectos: la protección del medio ambiente y otra, lo concibe en su real magnitud.

Así, en un contexto controversial, la jurisprudencia chilena sostiene que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) “garantiza el desarrollo sustentable” de la zona costera.

*“6°- Que es por ello relevante, necesario e imprescindible como medida de salvaguarda de nuestro ecosistema someter este proyecto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, con la única finalidad que a partir del estudio que de él se realice, puedan adoptarse las medidas o, en su caso, imponer las condiciones que garanticen el desarrollo sustentable de esa zona costera”.*¹⁶

Cierto, la Evaluación de Impacto Ambiental da contenido al Principio 17 de la Declaración de Río¹⁷ y su implementación sirve a la realización del desarrollo sustentable. Sin embargo, este instrumento de gestión ambiental contribuye de manera parcial a la realización de este principio y en ningún caso, podría asegurar el desarrollo sustentable de una zona del territorio, si en tal evaluación no son considerados los aspectos sociales y económicos. Por su parte, el legislador confirma esta afirmación, al definir la Evaluación de Impacto Ambiental en los términos siguientes: “(...) el procedimiento a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, 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”, (art. 2 letra j), de la Ley 19.300)¹⁸.

Cabe reconocer en este sentido, que cuestiones de orden social como por ejemplo la aplicación de la Consulta Indígena del Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), han sido debatidas en el

¹⁶ Destacado por la autora. Caso “Hotel Punta Piqueros”, ubicado en la comuna de Concón, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° 3918-2012, 02 de mayo de 2013.

¹⁷ “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

¹⁸ Destacado por la autora.

marco del SEIA. Tal situación sería considerada como una anomalía producida por la ausencia de políticas públicas y la existencia de vacíos normativos. Tal situación forzaría la discusión de temáticas referidas al desarrollo económico (desarrollo energético) y/o social (derechos de las comunidades indígenas) del País, en el marco del SEIA, pese a que tales cuestiones exceden su propósito.

En esta perspectiva, es pertinente mencionar que otra parte de la jurisprudencia se ha referido al concepto íntegro del desarrollo sustentable.

“La omisión de enviar un documento en modo alguno puede afectar el derecho de propiedad de la recurrente puesto que dicha presunta omisión implicaría no contar con el estudio de impacto ambiental y no la materialización de un proyecto, desde el punto de vista ambiental, en plena concordancia con el principio de desarrollo sustentable que significa que en una sociedad dada, han de existir condiciones tales que permitan equilibradamente, cohabitar la protección del medio ambiente, el desarrollo económico y la equidad social”¹⁹.

Reforzando esta tridimensionalidad del desarrollo sustentable, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago nos recuerda en el caso Pascua Lama, esta necesidad de compatibilizar la generación de riqueza con el bienestar de la población y la protección del medio ambiente. Tal razonamiento se desarrolla en el contexto de la protección de los recursos hídricos.

“Teniendo como objetivo el desarrollo sustentable al que aspiramos como país, el desafío nacional entonces consiste no sólo en extraer minerales de manera eficiente y rentable generando riqueza y bienestar tanto a nivel local como nacional, sino proteger simultáneamente el ecosistema que contiene los factores y los recursos ambientales, evitando su deterioro y la pérdida del capital natural y social asociado, parte fundamental del patrimonio

¹⁹ Destacado por la autora. Caso sobre “Omisión de Notificación respecto del Plan de Manejo de Lodos de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas La Farfana”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3821-2005, 07 de julio de 2005.

nacional. Con estos criterios en mente, el Tribunal ha analizado con especial atención los antecedentes relevantes disponibles en autos sobre los recursos hídricos involucrados en este proyecto, en todas sus formas y expresiones”²⁰.

Sin embargo, es el Tribunal Constitucional el que realiza uno de los trabajos interpretativos más completos a la luz del desarrollo sustentable, a propósito del control de constitucionalidad del Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura. Así, para definir el concepto de “preservación de los ecosistemas marinos y sus especies vivas”, toma en consideración la definición del concepto de “preservación de la naturaleza” que entrega la Ley 19.300²¹ y el estándar fijado por la Corte Suprema en la sentencia «Girardi Lavín y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de Magallanes y Antártica Chilena». En el marco de esta última, la Corte sostiene que el deber del Estado de velar por la conservación del medio ambiente consiste en el “mantenimiento de las condiciones originales de los recursos naturales, reduciendo al mínimo la *intervención humana*». Por último, El Tribunal Constitucional se refiere a ciertos criterios elaborados por la doctrina.

“46°. Que la aplicación de la cláusula «preservación de la naturaleza» al ecosistema marino y sus especies vivas requiere, necesariamente, una distinción entre las diversas alternativas que permiten configurar el alcance de la preservación deseada. Es así como el Profesor Daly sugiere los siguientes límites que no deben ser sobrepasados: a) Que las tasas de utilización de los recursos no excedan sus tasas de regeneración. b) Que las tasas de utilización de recursos no renovables no excedan la tasa a la cual los sustitutos renovables se desarrollan.

c) Que las tasas de emisión de agentes contaminantes no excedan de la capacidad de asimilación del medio ambiente» (Lo-

²⁰ Caso Pascua Lama, Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol N°6-2013, 03 de marzo de 2014.

²¹ “p) Preservación de la naturaleza: El conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país” (artículo 2°).

perena Rota, Demetrio, El derecho al medio ambiente adecuado, Civitas, IVAP, Madrid, 1998, p. 148)²².

Finalmente, el Tribunal concluye que la explotación de recursos marinos debe realizarse de manera de asegurar la regeneración de las especies, para poder así responder a los deberes de protección del medio ambiente que impone el desarrollo sustentable.

“47°. Que, en consecuencia, tratándose de recursos naturales renovables debe primar un criterio mixto que compatibilice su disposición a tasas de explotación inferiores a la de su regeneración. En tal sentido, la naturaleza del recurso lo sitúa dentro de los deberes de protección propios del desarrollo sustentable y que el legislador ha definido como «el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras» (artículo 2°, literal g), de la Ley N° 19.300)”²³.

Los términos utilizados por el Tribunal Constitucional en el caso antes citado, nos recuerdan un fallo destacable del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el cual reinterpreta el carácter “agotable” de los recursos naturales del Acuerdo del GATT de 1994. “Éste se sirve de la perspectiva del desarrollo sustentable, para sostener que el contenido o la referencia de la expresión genérica “recursos naturales”, empleada por el artículo XX g), no es estático, sino evolutivo”. En este orden de ideas, “sostiene que parece demasiado tarde para suponer que esta disposición pueda ser interpretada como dirigida únicamente a la conservación de minerales o de otros recursos naturales no biológicos finales y agotables (disponibles en cantidad limitada, que pueden desaparecer de manera irreversible a causa de la explotación). En este caso, se estima al contrario, que ciertos recursos biológicos en

²² Destacado por la autora. Tribunal Constitucional, Rol N°2386-2012, 23 de enero de 2013.

²³ Destacado por la autora. Tribunal Constitucional, Rol N°2386-2012, 23 de enero de 2013.

principio renovables, pueden también agotarse y desaparecer, en general como consecuencia de la actividad humana”²⁴.

“(...) recordando el reconocimiento explícito hecho por los Miembros de la OMC del objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, creemos que ya es demasiado tarde suponer que el párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994 puede interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la conservación de recursos minerales o de otros recursos naturales inertes agotables del ámbito de aplicación del párrafo g) del artículo XX”²⁵.

Luego de haber constatado el nivel de reconocimiento del desarrollo sustentable y definido el contenido que la jurisprudencia le entrega a este principio, en muchas ocasiones a través la realización de otros principios, trataremos un segundo principio, estrechamente relacionado con éste, como lo es el Principio 10 de la Declaración de Río.

III. PRINCIPIO 10

El principio 10 de la Declaración de Río sobre el acceso a la justicia, la información y la participación en materia ambiental, ha sido definido en los términos siguientes:

*“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*

²⁴ MORAGA (2004), p.39-40.

²⁵ WT/DS58/AB/RW, op. cit. pár. 131.

*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*²⁶.

Tales elementos constituyen partes de un engranaje, en el que la realización de cada uno de ellos depende del otro, y en el que el funcionamiento del conjunto, contribuye a la puesta en práctica de un concepto global, cual es el de la democracia ambiental²⁷. En esta perspectiva, es posible afirmar que la deficiente aplicación de cualquiera de los elementos del principio 10 afectará la efectividad de los demás. Así, las deficiencias en el acceso a la información, dificultará la realización de una participación eficaz en la toma de decisiones públicas y los obstáculos al acceso a la justicia, debilitará la protección de los derechos de participación y de acceso a la información²⁸. Respecto del concepto de democracia ambiental Brañes afirma que “el sistema democrático se construye sobre la base de una comunidad de personas regidas por un conjunto de reglas jurídicas, que cuenta con la participación directa o indirecta de un “alto número de personas” y en la que los llamados a decidir tienen alternativas reales y la posibilidad de optar. El cumplimiento de esta última condición exige a su vez, que quienes decidan, tengan garantizados sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el acceso a la justicia”²⁹. Al mismo tiempo, señala que la aplicación del Derecho Ambiental es responsabilidad de los gobiernos, incluido el poder judicial, pero también de la ciudadanía, cuya participación debe estar asegurada por las autoridades, a través de mecanismos de participación idóneos³⁰.

En este sentido la Ministra Chevesich en el caso Punta Alcalde, subraya esta relación entre el principio de participación y el acceso a la justicia.

²⁶ Destacado por la autora.

²⁷ PRIEUR (1999), p. 9. SMITH (2007), 178 pp.

²⁸ MORAGA (2012) p. 294.

²⁹ BRAÑES (2002) p. 12.

³⁰ *Ibidem*.

“9° (...) Por su parte, la Ministra señora Chevesich también tuvo en consideración la imperiosa necesidad de escuchar a los ciudadanos, forma que permite hacer efectiva la dimensión participativa de la justicia ambiental, la que se debe traducir en la apertura de un periodo de participación que, como no puede ser dispuesto por la autoridad que ha de revisar la calificación emanada de la Comisión de Evaluación Ambiental Regional, debe verificarse ante esta última, vale decir, ante la autoridad regional a la que deberían remitirse los antecedentes con tal fin”³¹.

I. RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO 10 POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Si bien todos los elementos del principio 10 de la Declaración de Río, principio de participación, acceso a la información y a la justicia en materia ambiental, han sido reconocidos por la jurisprudencia nacional, es quizás el principio de participación el que ha sido objeto de mayor atención.

En efecto, en gran número de casos ambientales conocidos por los Tribunales Superiores de Justicia, la acción constitucional de protección ha perseguido invalidar la Resolución de Calificación Ambiental, por el hecho que el ingreso del proyecto al SEIA se realizó vía Declaración de Impacto Ambiental y no de Estudio, omitiéndose así el proceso de participación ciudadana. Cabe recordar que solo luego de la modificación introducida por la Ley 20.417 existe la posibilidad de contar con participación ciudadana en el marco de las Declaraciones de Impacto Ambiental, pero de manera limitada.

A su vez, numerosos han sido los casos en los que la discusión sobre el principio de participación tiene lugar a propósito de la aplicación de la Consulta Indígena del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior se da en el

³¹ Destacado por la autora, Caso Punta Alcalde, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° Rol N°6563-2013, 17 de enero de 2014, voto disidente.

contexto del respeto de la garantía constitucional de la igualdad y de la participación en materia ambiental.

“Quinto: Que conviene dejar consignado que el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”³².

“UNDECIMO: Que como es posible apreciar, el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental –previsto en el artículo 26 de la Ley N°19.300– es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N°169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente”³³.

En ciertos casos se ha resuelto, la necesidad de reingresar el proyecto vía Estudio de Impacto Ambiental (EIA), para así realizar el proceso de Consulta Indígena en el marco de la participación ciudadana prevista por la Ley 19.300. El caso del Parque Eólico Chiloé constituye un ejemplo en ese sentido. Este proyecto de energía renovable no convencional ingresó vía Declaración de Impacto Ambiental (DIA), no obstante la existencia de hallazgos arqueológicos en la zona. Los recurrentes impugnan la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) en razón del incumplimiento del proceso de Consulta Indígena previsto en el Convenio 169 de la OIT. Lo anterior motivó a la Corte para declarar vulnerada la garantía previs-

³² Destacado por la autora. Caso “Parque Eólico Chiloé”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°10.090-2011, 22 de marzo de 2012. El mismo razonamiento se advierte en el caso “Sondajes de Prospección Paguanta”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°11.040-2011, 30 de marzo de 2012, considerando quinto.

³³ Destacado por la autora. Caso “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°6062-2010, 4 de enero de 2011. El mismo razonamiento se advierte en el Caso “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°258, 13 de julio de 2011, considerando décimo.

ta en el artículo 19N 2 de la Constitución Política de la República (igualdad ante la ley), revocar el acto administrativo y ordenar el reingreso del proyecto al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), con el objeto de realizar un proceso de participación ciudadana.

“Décimo: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación del proyecto “Parque Eólico Chiloé” era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido”³⁴.

Tal como se deduce del párrafo anterior, los Tribunales han hecho presente además, que en estos casos, es necesario incluir en el procedimiento de participación ciudadana previsto en la Ley 19.300, los estándares del Convenio 169, como se reitera en el caso “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”.

“TERCERO: Que lo anterior importa que en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”³⁵.

En materia de acceso a la justicia ambiental, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, en fallo reciente, lo reconoce de manera explícita, a la luz de la Declaración de Río de 1992 y de la Convención de Aarhus.

“Vigésimo cuarto: Que esta expansión de la legitimación activa ante problemas ambientales, ha sido por de pronto la respuesta correcta a aquellas garantías procesales contenidas en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

³⁴ Destacado por la autora, Caso “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°4078-2010, 14 de octubre de 2010.

³⁵ Destacado por la autora, Caso “Parque Eólico Chiloé”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°10.090-2011, 22 de marzo de 2012.

de 1992 donde los Estados, incluido Chile, acordaron que “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”, garantías que fueron desarrolladas en el Programa 21 de Río, que exhorta a los gobiernos y legisladores a “establecer procedimientos judiciales y administrativos de indemnización y reparaciones [...], y que deberían propiciar el acceso de personas, grupos y organizaciones que tengan un interés jurídico reconocido” (Programa 21, Capítulo 8, punto 8.18)”³⁶.

“Mientras tanto, en el concierto internacional, particularmente en el ámbito europeo, se ha materializado con contundencia esta garantía, como da cuenta la “Convención de Aarhus sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medio ambientales”, suscrita en Dinamarca en 1998”³⁷.

60

Este reconocimiento del principio 10 en sus diversas manifestaciones ha sido desarrollado sustantivamente por la jurisprudencia nacional, tal como será analizado a continuación.

2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO 10 SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Para efectos de analizar el contenido que la jurisprudencia nacional atribuye al principio de participación, resulta interesante detenerse en el caso del proyecto “Central Termoeléctrica Pirquenes”. En este marco, la Corte de Apelaciones de Concepción analiza la necesidad que dicho proyecto ingrese al Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA), a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), frente a la eventualidad que se verifique alguna de las circunstancias del artículo II de la Ley 19.300 y/o genere o presente un riesgo para la salud de la población, debido a la

³⁶ Destacado por la autora. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol N°6-2013, 3 de marzo de 2013.

³⁷ Destacado por la autora. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol N°6-2013, 3 de marzo de 2013.

cantidad de efluentes, emisiones o residuos que éste genera o produce. En este caso, la Corte de Apelaciones de Concepción se refiere a la “legitimidad social” de los proyectos de gran envergadura y al rol que la participación ciudadana tiene en este ámbito. Acto seguido, enumera las características que debe reunir la participación ciudadana para lograr dicho objetivo: “efectiva, informada, profunda y dinámica”.

“36) (...) Con ello se dará cumplimiento además a los principios que inspiran la ley 19.300, a saber, el de la participación ciudadana, incluso en la evaluación de impacto ambiental, ya que si no se logra una participación efectiva, informada, profunda y dinámica de la comunidad, es difícil que los proyectos que ingresan al Sistema de Evaluación, especialmente los de mayor envergadura, logren legitimación social (...)”³⁸.

Ahora, en lo que respecta a la aplicación del principio de participación en materia de Consulta Indígena, la jurisprudencia ha establecido de manera general, que la entrega de información o las reuniones voluntarias por parte de los titulares de los proyectos a la comunidad no son suficientes.

“Octavo: Que las instancias de participación que se aducen en la ADENDA N°2, consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad. Es decir, la autoridad administrativa recurrida determina el asentamiento de un proyecto en un lugar donde se encuentran hallazgos arqueológicos de una cultura originaria, prescindiendo de la participación y cooperación de ésta

³⁸ Destacado por la autora. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1879-2012, 27 de agosto de 2012. Confirmada por la Corte Suprema en Sentencia Rol N° 7071-2012, 26 de noviembre de 2012.

para determinar las mejores medidas que se puedan adoptar para la debida protección del patrimonio histórico cultural”³⁹.

Con ello la jurisprudencia esclarece un tema de permanente debate, pues en numerosas ocasiones el recurrido entiende que la entrega de información es participación, tal como ocurre en el caso de “Centro de Reciclaje y Valorización”, destinado a la construcción y operación de un centro de tratamiento de residuos hospitalarios sólidos provenientes de establecimientos de salud tanto públicos como privados, así como también de clínicas veterinarias. En esta oportunidad, el recurrente alega la necesidad que el proyecto se someta a Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y así cumplir con el proceso de participación ciudadana, previsto en la Ley 19.300⁴⁰.

En materia de acceso a la justicia y más precisamente de legitimación activa, los Tribunales Superiores de Justicia han desarrollado una jurisprudencia contradictoria, pero fuertemente marcada por la ampliación del concepto de legitimado activo, que en el marco de la acción de protección en materia ambiental, evoluciona hacia la inclusión de las personas naturales y jurídicas, tal como se observa en el fallo de la Corte Suprema en el emblemático caso “Río Cuervo”.

“Primero: Que en cuanto a la falta de legitimación activa de los recurrentes, alegada por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén, cabe indicar que la acción constitucional de protección tal como lo argumenta la recurrida no es una acción popular, sino que, según se establece en la Carta Fundamental y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, puede ser deducida por cualquier persona natural o jurídica en nombre del o los afectados, debiendo para ello expresarse en forma precisa y determinada a nombre de quién o quiénes se recurre(...)”⁴¹.

³⁹ Destacado por la autora. Caso “Parque Eólico Chiloé”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°10.090-2011, 22 de marzo de 2012.

⁴⁰ Destacado por la autora. Caso “Centro de Reciclaje y Valorización”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° 7876-2013, 18 de diciembre de 2013.

⁴¹ Destacado por la autora. Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°2463-2012, 11 de mayo de 2012.

Lo anterior no excluye el hecho de la obligación de probar el interés del recurrente.

“Tercero: (...) Los recurrentes han invocado como derecho constitucional tutelado el consagrado en el N° 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, sin que hayan demostrado un interés directo e inmediato en la protección de la garantía que invocan, razón por la cual carecen de legitimación activa para interponer este recurso de protección”⁴².

De los textos anteriores se puede deducir una negación sostenida por parte de la Corte Suprema de reconocer el carácter de “popular” de la acción constitucional de protección. Esta óptica se reitera en el caso sobre la instalación de antenas de telefonía móvil en la ciudad de Santa Cruz, en el marco del cual un representante de la Fundación Cardoen presenta una acción constitucional de protección, a nombre propio, con el objeto de denunciar la violación de determinadas garantías constitucionales de los “vecinos y ciudadanos” de dicha ciudad.

“SÉPTIMO: Que constituye un presupuesto para ejercer la presente acción cautelar que exista un interés actual comprometido que se pueda ver amagado por una conducta que se estima ilegal o arbitraria, interés que en el presente caso no se encuentra determinado, por lo que el presente recurso de protección no podría prosperar. Refuerza lo anterior la circunstancia que esta acción cautelar, como lo ha fallado invariablemente este Tribunal, no constituye una acción de tipo popular”⁴³.

El Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, se detiene largamente sobre este punto en el caso Pascua Lama, iniciado por una reclamación presentada por regantes de la Comuna Alto del Carmen, comunidades

⁴² Destacado por la autora. Caso “Rally Dakar”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°7677-2013, 7 de enero de 2014.

⁴³ Destacado por la autora. “Caso Antena Telefonía Móvil en la Ciudad de Santa Cruz”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°9464-2009, 24 de mayo de 2010. Al respecto ver también considerando cuarto del caso referido a “Centrales Termoeléctricas Pacífico y Patache”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°8213-2011, 18 de octubre de 2011

Diaguitas, Sociedades Agrícolas Santa Mónica Limitada y Dos Hermanos Limitada, frente a las sanciones decretadas por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) (16.000 UTA). Cabe recordar, que este organismo inició un proceso administrativo sancionador contra la Compañía Minera Nevada SpA, por infracción de la Resolución de Calificación Ambiental N° 24/2006 que calificó favorablemente el proyecto “Modificación proyecto Pascua Lama”, respecto de dos contingencias en el sistema de manejo de aguas. Tal procedimiento tuvo lugar luego que la SMA rechazara la autodenuncia presentada por el titular del proyecto.

Es entonces en ese contexto, que el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago señala que por la propia naturaleza de los problemas ambientales, es necesario fortalecer al acceso a la justicia ambiental, a través de una interpretación amplia del concepto de “afectado” o “directamente afectado”. En esta perspectiva, destaca la relevancia de contar con una acción pública, tal como lo han hecho otras legislaciones, y subraya la amplitud de los términos empleados por la legislación nacional para definir la afectación de intereses y derechos, a propósito, por ejemplo, de la definición del área de influencia de un proyecto.

“Vigésimo tercero: Que este Tribunal, al reconocer la legitimación activa de las sociedades Agrícola Santa Mónica Limitada y Agrícola Dos Hermanos Limitada, de las Comunidades Indígenas Diaguitas y de los nueve regantes de la comuna de Alto del Carmen ya individualizados, para interponer reclamación judicial contra la Resolución Exenta N° 477 del Superintendente del Medio Ambiente, ha sido coherente con el principio de acceso a la justicia ambiental. En efecto, cabe señalar que a diferencia de otras materias jurídicas, los problemas ambientales han expandido, por su misma naturaleza, las fronteras de lo que tradicionalmente se ha entendido por afectado o directamente afectado, llegando en algunas legislaciones incluso a considerar la acción pública cuando se encuentran envueltos conflictos socio ambientales. La legislación nacional, sin reconocer expresamente las denominadas acciones de clase o acción pública en materia ambiental, ha reconocido un ámbito de afectación de derechos e

*intereses amplio, como lo demuestra la noción de “área de influencia de un proyecto” descrita más arriba. La legitimación activa está relacionada con la afectación de intereses y derecho (...)*⁴⁴.

El Tribunal va más lejos, al citar al Convenio de Aarhus para ejemplificar la evolución del concepto de acceso a la justicia en materia ambiental y reforzar la necesidad de avanzar hacia un concepto más extenso de la misma. En este marco, la legitimación activa tiene lugar toda vez que existe interés suficiente o cuando un derecho ha sido lesionado, y se puede ejercer frente a un órgano judicial o un órgano independiente e imparcial, respecto de cuestiones sustantivas o procesales.

*“Mientras tanto, en el concierto internacional, particularmente en el ámbito europeo, se ha materializado con contundencia esta garantía, como da cuenta la “Convención de Aarhus sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medio ambientales”; suscrita en Dinamarca en 1998, donde se prescribe que cualquiera que tenga un “interés suficiente” o invoque “la lesión de un derecho”, podrá interponer recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que se encuentre dentro del ámbito de los derechos consagrados en dicho Convenio (artículo 9 N° 2 de la Convención)”*⁴⁵.

Asimismo, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago explicita el vínculo entre acceso a la justicia y la justicia ambiental, entendiendo esta última cómo la búsqueda de una mayor equidad en el territorio en relación a las cargas ambientales. Al respecto, el Tribunal aclara que si bien tal principio de justicia ambiental no está consagrado explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, es posible deducir su aplicación del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación, consagrados en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR).

⁴⁴ Destacado por la autora. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol N°6-2013, 3 de marzo de 2013.

⁴⁵ Destacado por la autora. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol N°6-2013, 3 de marzo de 2013.

“Vigésimo quinto: Que, por su parte, esta ampliación de la noción de legitimado activo ante decisiones administrativas garantiza también que no se incurra en “discriminación ambiental”. De acuerdo con esta noción, es posible distinguir varias situaciones de discriminación o injusticia ambiental, como cuando —por ejemplo— una parte de la población carga con la mayoría de los pasivos ambientales mientras otra con los beneficios. Sin embargo, el caso de autos apunta más bien a que existiría discriminación si el Tribunal incluyera dentro de los legitimados activos sólo a los denunciantes, o a estos y a los que hayan sido tenidos como interesados en el procedimiento administrativo, y no a quienes, sin ser interesados en dicho procedimiento, habiten o realicen sus actividades en el área de influencia del proyecto, o vice versa. Por último, es importante tener presente, que si bien el concepto de “discriminación ambiental” no se encuentra consagrado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, éste se deriva del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación, consagrados en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República”⁴⁶.

66

En este marco, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago se refiere también a la calidad de legitimado activo y aclara que son legitimados aquellos que participaron en el procedimiento administrativo, pero también los que sin ser interesados en tal procedimiento, “habiten o realicen sus actividades en el área de influencia del proyecto”. Sobre este punto cabe advertir que dicho Tribunal es coherente respecto de su preocupación de fortalecer el acceso a la justicia ambiental, al utilizar un concepto más amplio que los Tribunales Ordinarios de Justicia en esta materia. El caso “Central Castilla” lo demuestra muy bien, cuando la Corte Suprema establece un vínculo entre la calidad de “interesado” y la “legitimación para actuar en el procedimiento administrativo.

“DECIMO: Que en el presente caso quienes solicitan amparo por esta vía ostentan dicha calidad de interesados, desde

⁴⁶ Destacado por la autora. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol N°6-2013, 3 de marzo de 2013.

*que se hallaban legitimados para actuar en el procedimiento administrativo que origina el referido artículo 53 en razón de haber intervenido, a través del mecanismo de participación y consulta ciudadana contemplado en la Ley de Bases del Medio Ambiente*⁴⁷.

Para fundamentar tal razonamiento, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago se apoya en los dichos de Cappelletti, para quien el acceso a la justicia: “sirve para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual o socialmente justos”⁴⁸.

“Vigésimo sexto: Que, por último, cabe recordar aquí, en atención a la ampliación que ha ganado con el tiempo la legitimación activa tanto en temas ambientales como en otros problemas de carácter difuso, el brillante trabajo dirigido por Mauro Cappelletti en 1975 sobre el acceso a la justicia, y que dice: “Estamos asistiendo a la lenta pero segura declinación de una concepción individualista del proceso y la justicia. Todos los principios, los conceptos, las estructuras que estaban radicadas en esa concepción, aparecen cada día más insuficientes para dar una aceptable respuesta al problema de asegurar la tutela necesaria a los nuevos intereses difusos y de grupo, que han llegado a ser vitales para las sociedades modernas” (Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia”, en Access to Justice: a World Survey (Cappelletti y Garth, compiladores, cuatro volúmenes, Editoriales Sijthoff (Leyden y Boston) y Giuffrè (Milán), 1975)”⁴⁹.

En este mismo sentido Brañes refuerza la idea de equidad, al identificar el acceso a la justicia como: “la posibilidad de obtener la solución expe-

⁴⁷ Destacado por la autora. Corte Suprema, Tercera Sala Rol N°7167-2010, 15 de noviembre de 2010.

⁴⁸ CAPELLETTI, GARTH (1996) 154 pp.

⁴⁹ Destacado por la autora. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, Rol N°6-2013, 3 de marzo de 2013.

dita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos (legitimidad activa)⁵⁰.

Cierto, el reconocimiento y desarrollo jurisprudencial de los principios del Derecho Ambiental analizado hasta ahora, no ha generado mayor controversia, sin embargo, el principio preventivo y precautorio abrirá un debate bastante inédito en la materia.

IV. PRINCIPIO PREVENTIVO Y PRECAUTORIO

El principio preventivo está definido en el Mensaje de la Ley 19.300 como aquel que: “(l) (...) pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales”. En este orden de ideas, el Mensaje agrega que “no es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”. En cambio el principio precautorio no goza de consagración legal en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación por parte de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia se ha realizado como una prolongación natural del primero, evitando mencionar el principio 15 de la Declaración de Río. Éste último define el principio precautorio sobre la base de tres elementos esenciales: peligro de daño grave e irreversible, falta de certeza científica absoluta y proporcionalidad.

“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”.

⁵⁰ BRAÑES (2000) 114 pp.

Pese a lo anterior, ambos han recibido un reconocimiento por parte de la jurisprudencia nacional.

I. RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO PREVENTIVO Y PRECAUTORIO

El principio preventivo ha recibido amplia aplicación de parte de los Tribunales de Justicia, los cuales lo vinculan a la implementación del instrumento de gestión ambiental: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)⁵¹ y de manera más excepcional a la responsabilidad ambiental⁵².

En cuanto al principio precautorio, éste también ha merecido un reconocimiento por parte de la jurisprudencia nacional, la cual hace abstracción del vacío normativo existente en la materia y omisión del Derecho Internacional del Medio Ambiente. Pese a las críticas efectuadas por la doctrina a tal reconocimiento, ésta nunca se ha referido a este hecho en particular, y ha sido por el contrario, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, el que ha manifestado sus reparos al respecto. Lo anterior ha demostrado una cierta “reticencia”, dirán algunos, o “prudencia”, dirán otros, frente a la aplicación de un principio del Derecho Internacional del Medio Ambiente, reconocido en normas emanadas de la *softlaw*, suscritas por nuestro País.

“3. (...) i) el principio preventivo está positivamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y el SEIA es su expresión jurídica y material; ii) en cambio, el principio precautorio no se encuentra recogido explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico: el principio 15 de la Declaración de Río de 1992, que lo contiene, es una rama no vinculante que no puede aplicarse, sin más, de forma directa ante evaluaciones de proyectos concretos (...)”⁵³.

⁵¹ Caso “Río Cuervo”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°2463-2012, 11 de mayo de 2012, considerando sexto. Caso “Central Castilla”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°1960-2012, 28 de agosto de 2012, considerando cuadragésimo noveno. Caso “Dunas de Concón”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°2138-2012, 27 de julio de 2012, considerando cuarto.

⁵² “Caso Bocamina”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°3141-2012, 15 de junio de 2012, considerando sexto.

⁵³ Destacado por la Autora. Caso “Tagua Tagua”, Segundo Tribunal Ambiental, Rol N°02-2013, 1 de octubre de 2013, considerando 29°

Su aplicación por parte de la Jurisprudencia nacional, ha sido en todo caso confusa en relación al principio preventivo, tal como se analizará a continuación.

2. DEFINICIÓN DEL CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVENTIVO Y PRECAUTORIO

El reconocimiento de estos principios, preventivo y precautorio, por parte de los Tribunales de Justicia, no ha estado exenta de polémicas y diversas críticas se han formulado respecto de la aparente confusión de los Tribunales, entre el contenido del principio de precautorio y preventivo, así como por el efecto paralizador de los fallos fundados en el principio de precaución. Tales afirmaciones han tenido lugar a propósito de fallos emitidos por la Corte Suprema, en el marco de recursos de protección presentados durante la tramitación ambiental de proyectos de inversión: energéticos (“Central Castilla”, “Bocamina”, “Río Cuervo”), mineros (“El Morro”), inmobiliarios (“Dunas de Concón”)⁵⁴.

De los casos antes mencionados, la Corte Suprema se refiere de manera explícita al principio precautorio, únicamente en el caso “El Morro”. Sin embargo, la doctrina nacional considera que en otros casos, en los cuales la Corte se refiere al principio preventivo, en la práctica hace aplicación del principio precautorio.

En este orden de ideas es posible comenzar un análisis del caso “Bocamina”, en el marco del cual se discute la necesidad de ingresar el proyecto de “Optimización Central termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad” vía Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y no de Declaración. En este contexto, la Corte menciona el principio preventivo y de responsabilidad en relación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Al respecto resuelve acoger la acción constitucional de protección, en razón de la falta de fundamentación de parte de la autoridad administrativa en el otorgamiento de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA),

⁵⁴ SÁEZ (2012) s. p.

que aprueba el proyecto ingresado vía Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Por este hecho y en razón de las características del proyecto, la Corte ordena que éste ingrese vía Estudio. De lo sostenido en el fallo que resuelve la acción de protección antes aludida, resulta difícil deducir una aplicación del principio precautorio, en cualquiera de sus formas⁵⁵.

Cosa distinta ocurre en el caso de la termoeléctrica “Central Castilla”, en el marco del cual la Corte Suprema recuerda que el principio preventivo es uno de los principios inspiradores de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 19.300, y aprovecha de recalcar enfáticamente su importancia⁵⁶. Asimismo señala que la Ley establece una serie de instrumentos de gestión ambiental que constituyen la aplicación del principio, entre los cuales se encuentra la evaluación de impacto ambiental⁵⁷.

Si bien la Corte nunca se refiere al principio precautorio de manera explícita, la definición que construye respecto del principio preventivo, puede ser considerada como una aplicación del principio precautorio. Esto ocurre al momento en que la Corte pondera el sustento técnico de dos decisiones distintas adoptadas por la autoridad (Seremi de Salud), la primera que califica la actividad de “contaminante” (ordinario N°110) y la segunda que la califica de “molesta” (ordinario N°578).

“que frente a una decisión técnica que considera diversos aspectos para resolver la calificación de una actividad, y no sólo las mediciones basadas en modelaciones y que estima, además, que el proyecto debe ser calificado como “contaminante” porque no es posible descartar que genere o presente riesgos para la salud de la población⁵⁸, se preferirá ésta, por sobre la decisión técnica que tacha de erróneo el procedimiento de cálculo efectuado a las modelaciones y que no se pronuncia sobre los demás argumen-

⁵⁵ Caso “Bocamina”. Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N° 3141-2012, 15 de junio de 2012.

⁵⁶ Caso “Central Castilla”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°1960-2012, 28 de agosto de 2012, considerandos vigésimo octavo y trigésimo tercero.

⁵⁷ Caso “Central Castilla”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°1960-2012, 28 de agosto de 2012, considerandos trigésimo tercero.

⁵⁸ Destacado por la autora.

*tos entregados por la autoridad ambiental que emitió la primera decisión. Que lo anterior se sustenta en la aplicación del principio preventivo que ha inspirado la Ley 19.300...*⁵⁹.

Así, al afirmar que se debe preferir la decisión técnica que considera la actividad “contaminante” de manera a “evitar riesgos para la salud de la población que no se pueden descartar”, la Corte entraría en el terreno de la incertidumbre científica, propia del principio precautorio. En efecto, la decisión técnica a la que hace alusión no resuelve sobre la base de riesgos conocidos, sino sobre riesgos que nos es posible descartar.

”parece razonable que frente a modelaciones de medición, la autoridad estime que no puede descartar que se generen o presente riesgos para la población⁶⁰, aun cuando el proyecto aparezca circunscrito dentro de los parámetros que la Ley permite”⁶¹.

En este orden de ideas, en la sentencia se aclara que lo que se persigue no es establecer un estándar de “riesgo cero”, sino que los “riesgos advertidos” sean considerados y se adopten, respecto de ellos, las medidas pertinentes. Lo mismo ocurre en otros fallos, como el de “Río Cuervo”⁶² o el de las “Dunas de Concón”⁶³. Conforme a lo señalado anteriormente, se descarta la aplicación más estricta del principio precautorio, que ha sido uno de los principales reproches planteados, a nuestro juicio equivocadamente, por la doctrina. Tal visión (estricta) del principio precautorio propone la tolerancia cero respecto del riesgo y la inversión total de la carga de la prueba, de manera a que sea aquel que desea realizar una actividad, el que pruebe su idoneidad ambiental. La opción mayoritaria en cambio, postula la aceptación de un cierto nivel de riesgo, definido por la sociedad en su conjunto, y llama a repartir la

⁵⁹ Destacado por la autora. Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°1960-2012 Santiago, 28 de Agosto de 2012, considerando quincuagésimo e).

⁶⁰ Destacado por la autora.

⁶¹ Destacado por la autora. Caso “Central Castilla”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°1960-2012, Santiago, 28 de Agosto de 2012, considerando quincuagésimo f).

⁶² Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°2463-2012, 11 de mayo de 2012, considerando sexto.

⁶³ Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°2138-2012, 27 de julio de 2012, considerando cuarto.

carga de la prueba, en un contexto de consideración del costo-beneficio de la medida adoptada⁶⁴.

En cuanto a la definición del principio preventivo, la jurisprudencia parafrasea la definición legal y desarrolla ciertos de sus elementos, como lo es la existencia de “un riesgo racional y evidente, previamente demostrado, que sea verosímil sobre la base de estudios especializados”⁶⁵, tal como ocurre en el caso “Río Cuervo”.

“f) En efecto, la finalidad de la ley es evitar que se produzcan los problemas ambientales y no intentar superarlos una vez producidos, por ello, parece razonable que frente a modelaciones de medición, la autoridad estime que no puede descartar que se generen o presenten riesgos para la población, aun cuando el proyecto aparezca circunscrito dentro de los parámetros que la ley permite”⁶⁶.

Adicionalmente, la Corte realiza un esfuerzo por establecer una distinción entre el principio preventivo y precautorio. En este orden de ideas señala que una diferencia entre ambos principios es el grado de comprobación del riesgo y que bajo esta perspectiva, el principio preventivo actuaría frente a “un riesgo racional y evidente previamente demostrado”. Hasta ahí todo parece coincidir con la distinción básica entre ambos principios: el grado de certeza científica del riesgo eventual. Sin embargo, el razonamiento se refiere enseguida a la gravedad de tal riesgo, característica propia del principio precautorio y no del preventivo. Con ello, la Corte contribuiría a la aparente confusión que le reprocha la doctrina en esta materia. En efecto, el principio precautorio llama a actuar en un contexto de incertidumbre científica cuando el riesgo es grave, condición que no exige el principio preventivo.

⁶⁴ KOURILSKY, VINEY (2000) 40 5p.

⁶⁵ Destacado por la autora, Corte Suprema, Tercera Sala, 2463-2012, 11 de mayo de 2012, considerando sexto, párrafo 2.

⁶⁶ Destacado por la autora, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°2463-2012, 11 de mayo de 2012, considerando quincuagésimo.

“El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el fumusbonis iuris, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (periculum in mora)⁶⁷.

Ahora, el único caso en el que la jurisprudencia nacional hace aplicación explícita del principio precautorio es en “El Morro”, en relación a la estructura del Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Sin embargo, la historia de la Ley 19.300 señala que la evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento de gestión ambiental es una manifestación del principio preventivo y no del precautorio, el cual se encuentra ausente en el texto del Mensaje y de la Ley 19.300.

“La resolución de calificación ambiental es arbitraria e ilegal porque vulnera el principio precautorio que estructura el Estudio de Impacto Ambiental”⁶⁸.

V. CONCLUSIONES

Los principios del derecho ambiental son utilizados por la jurisprudencia nacional en el ejercicio interpretativo de las normas aplicables al caso concreto. Al invocarlos, los Tribunales Superiores de Justicia se refieren mayoritariamente a las definiciones que otorga el ordenamiento jurídico interno. Tal aproximación se lleva al extremo en los casos referidos al principio precautorio, pues pese a no haber sido reconocido por el le-

⁶⁷ Destacado por la autora. Caso “Dunas de Concón”, Corte Suprema, Tercera Sala, Rol N°2138-2012, 27 de julio de 2012, considerando cuarto.

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°618-2011, 17 de febrero de 2012, considerando primero.

gislador, las Cortes evitan utilizar las definiciones dadas por el Derecho Internacional. El Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, confirma el apego al reconocimiento de los principios del derecho ambiental, conforme éstos han sido establecidos en el marco legal interno. Sin embargo, resulta interesante destacar que desde dicha perspectiva, este Tribunal desarrolla una argumentación novedosa en miras a reconocer principios no consagrados explícitamente por el legislador, sobre la base de normas nacionales, tal como sucede a propósito del principio de “justicia ambiental”, en el caso Pascua Lama. Esta realidad nos interroga sobre el valor de suscribir acuerdos internacionales cuya naturaleza jurídica o contenido son propios de la *softlaw*, pues pese al rol inspirador fundamental, que éstos han tenido y puedan tener, en el desarrollo del derecho ambiental a nivel doméstico, la aplicación de sus disposiciones quedará siempre sujeta a un trabajo previo del legislador. En el estado actual, de rápida evolución de la normativa internacional frente a los problemas ambientales globales, es legítimo preguntarse si esta óptica podría, en la práctica, privar al juez de la utilización de ciertas fuentes del derecho que contribuyen al fortalecimiento de la justicia en materia ambiental. La respuesta en el ámbito que nos interesa, los principios del derecho internacional del medio ambiente, debería distinguir en el tipo de aplicación de los mismos, pues es muy diferente que ésta diga relación con su rol interpretativo u orientador, que en casos de aplicación *contra legem* o *legal vacuum*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BRAÑES, Raúl (2000): *El acceso a la justicia ambiental en América Latina*. (México D.F.: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina regional para América Latina y el Caribe). Disponible en: <<http://www.pnuma.org/deramb/publicaciones/InformeDerechoAmbienta-ALC.pdf>>. Fecha de consulta 15 diciembre de 2014.

BRAÑES, Raúl (2002): *El acceso a la justicia ambiental en el distrito federal y la procuraduría ambiental y del ordenamiento territorial* (México: Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal), Disponible en: <<http://www.paot.org.mx/quees/consegob/cd-comision/justicia.pdf>>, Fecha de consulta: 15 diciembre de 2014.

CAPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant (1996): *Acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos* (México: Fondo de Cultura Económica).

76

KOURILSKY, Philippe, VINEY, Geneviève (2000): *Le principe de précaution* (Paris, Editions Odile Jacob, La documentation Française).

LASCOURMES, Pierre (2005): “Le développement durable: illusion motrice”, *Le développement durable. Les termes du débat*. (Paris : A. Collin, Dalloz).

MORAGA, Pilar, (2004): “La resolución de conflictos ambientales en materia de comercio internacional”, *Prevención y solución de Conflictos Ambientales: Vías administrativas, jurisdiccionales y alternativas* (Santiago, Lexis Nexis).

MORAGA, Pilar, (2012): “Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de Tribunales especializados”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).

PERELMAN, Chaïm, VANDER ELST, Raymond (1984): *Les notions a contenu variable en droit* (Bruxelles: Bruylant).

PRIEUR, Michel (1999): “La convention d’Aarhus, instrument universel de la démocratie environnemental”, *Revue Juridique de l’Environnement*, Num. spécial: La Convention de Aarhus (Paris).

SÁEZ, Andrés (2012): “El principio precautorio en el sistema de evaluación de impacto ambiental”, *La Semana jurídica*, (Santiago: Thomson Reuters).

SMITH, Graham (2007): *Deliberative Democracy and the Environment*, (Londres, Routledge).

DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE, CONSTITUCIONALISMO Y PRAXIS JUDICIAL: UNA PERSPECTIVA DESDE ESPAÑA

Jordi Jaria i Manzano¹

RESUMEN: El presente trabajo parte de la fijación de los elementos fundamentales que caracterizan el Derecho internacional –universal y regional–, así como del Derecho supranacional –Unión Europea–, a los que está expuesto el Derecho ambiental español. Se utiliza la idea de constitucionalismo multinivel como marco hermenéutico para delimitar los flujos de influencia entre sistemas y su proyección sobre la función judicial. A partir de este marco, se definen los rasgos de Derecho constitucional interno que determinan el marco axiológico fundamental en el que operan los jueces y tribunales españoles en relación con la protección del medio ambiente, así como los elementos sustanciales de su cultura institucional, en relación, en particular con su relación en el Derecho internacional. A partir de estas premisas, se describe el grado de incidencia del Derecho internacional y supranacional en relación con la praxis judicial en materia de protección del medio ambiente en España.

ABSTRACT: This paper starts from fixing the fundamental features of international law –universal and regional– and supranational law –European Union– to which Spanish environmental law is exposed. Multi-level constitutionalism is used as hermeneutic framework to describe the influence fluxes between systems and their projection in the judiciary. Within this framework the main traits of Spanish constitutional law

¹ Doctor por la Universidad Rovira i Virgili. Profesor Serra Húnter de Derecho constitucional y ambiental Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, Cataluña, España), jordi.jaria@urv.cat.

which define the fundamental space of regulation where Spanish courts decide are defined, focusing on environmental protection. The substantial elements of their institutional culture are explored as well, particularly regarding to the reception of international law. Then, it is described the reach of influence of international and supranational law regarding judicial practices in environmental protection in Spain.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE: DESARROLLO SOSTENIBLE Y DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

En el momento actual, donde los fenómenos de reproducción social se desarrollan a una escala global, el examen del impacto del Derecho internacional en cualquier faceta de la actividad de los tribunales de justicia de un estado determinada debe hacerse desde una idea abierta de Derecho que supera los patrones del positivismo legalista. Esta ha sido la ideología dominante en los sistemas jurídicos de tronco continental a lo largo de los dos últimos siglos, centrada en la igualdad entre el Derecho y la ley, y, por lo tanto, en la idea de que el Derecho es el resultado de la voluntad política del soberano que los jueces aplican de manera mecánica en la resolución del caso concreto. Por ello, era importante, a la hora de considerar los efectos del Derecho internacional en la praxis judicial, si un sistema era monista o dualista, esto es, si se requería un acto de

poder interno del estado para hacer efectivo el Derecho internacional ante los jueces.

Todo ello está cambiando, aunque no se perciba siempre con claridad, dado que, aparentemente, los fundamentos del orden jurídico permanecen inalterados en una imagen kelseniana, donde la constitución constituye el pináculo de una pirámide que emana de ella y que ofrece una imagen homogénea y consolidada de lo que es el Derecho a partir de un sistema de fuentes centrado en la creación jurídica por parte del estado. Diversas aproximaciones teóricas han intentado dar cuenta, tanto desde un punto de vista descriptivo como prospectivo, de la progresiva complejidad que el Derecho adquiere en un escenario de reproducción social que impugna la homogeneidad del espacio jurídico en el marco del estado-nación, tanto desde el punto de vista de la disgregación (territorial y funcional) de la producción del Derecho en el propio estado, como del aumento de la densidad y complejidad del Derecho internacional.

80

Entre las más utilizadas se halla el constitucionalismo multinivel, que intenta dar cuenta, desde la perspectiva del Derecho constitucional, de esta diversidad de centros de creación jurídica a partir de la existencia de diferentes marcos constitucionales ordenados en función de su extensión territorial. Efectivamente, la dispersión de las fuentes de poder y el progresivo difuminado del espacio tradicional de la soberanía obligan a repensar el Derecho constitucional más allá de su espacio tradicional, el estado nacional clásico, contribuyendo a la generación de estructuras constitucionales para la gobernanza global. Las ideas de constitucionalismo multinivel² y de constitucionalización del Derecho internacional³ apuntan hacia nuevos desarrollos en la tradición constitucional, de acuerdo con los desafíos que la integración global de los mercados presenta a la comprensión tradicional de la disciplina. De este modo, a pesar del carácter jerárquico que implica, el constitucionalismo multinivel puede ser una buena lente para observar como el Derecho internacional del

² Así, por ejemplo, vid. PERNICE, KANITZ, (2004) s.p.

³ Vid. KLABBERS, PETERS, ULFSTEIN (2009) s. p.

medio ambiente se articula en diferentes ámbitos territoriales, que responden al propio carácter proteico de su objeto.

Esta complejidad es particularmente notoria en el ámbito del Derecho ambiental, en el que se multiplican múltiples instrumentos internacionales de alcance y objeto diversos que afrontan las múltiples facetas de la interacción entre sociedad y naturaleza en un contexto de crisis física del paradigma de explotación ilimitada de los recursos naturales propugnado por el modelo capitalista en sus diferentes facetas y fases evolutivas. En este sentido, una perspectiva materialmente constitucional, esto es, el intento de localizar elementos unificadores en los documentos internacionales orientados a la protección del medio ambiente puede permitir aclarar los fundamentos de un espacio normativo enormemente complejo y servir de orientación a los tribunales, obviamente superados por la multiplicidad de instrumentos jurídicos que forman parte del Derecho internacional del medio ambiente y que, en muchos casos, no les interpelan en la medida en que establecen obligaciones para los estados que corresponden fundamentalmente a acciones que quedan dentro de las atribuciones del poder ejecutivo. Por todo ello, considero interesante una aproximación constitucional, orientada a establecer un marco hermenéutico general que sirva de apoyo al juez en su comprensión de la multiplicidad de normas de origen diferente así como del propio objeto normativo en el contexto del Derecho ambiental, definiendo, junto con la constitución estatal que sea un espacio axiológico que actúe como centro de gravedad en el proceso de selección, interpretación y aplicación del Derecho.

Pues bien, en este marco complejo y, a pesar de que pueden formularse críticas sustanciales en relación con ello, el desarrollo sostenible actúa como el patrón conceptual definido en el marco de Naciones Unidas para integrar la necesidad de responder a la crisis ambiental en el sistema de valores propugnado por la organización, articulado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los dos pactos internacionales de 1966 –el de Derechos Civiles y Políticos, y el de De-

rechos Económicos, Sociales y Culturales—⁴. Así, de acuerdo con la pretensión de incorporar la protección del medio ambiente a las estrategias de legitimación de los mecanismos hegemónicos de reproducción social, tanto desde el punto de vista del estado-nación, como del sistema de Naciones Unidas, las respuestas intrasistémicas que se han impuesto en el marco internacional han intentado incorporar la protección del medio ambiente a los derechos humanos. De este modo, se ha consolidado la idea del derecho a un medio ambiente sano, que si bien tiene aún un reconocimiento limitado, se ha extendido considerablemente en el marco de la cultura universal de los derechos.

I. EL DESARROLLO SOSTENIBLE

La crisis ambiental es asimilada dentro de los patrones hegemónicos del Derecho internacional, enmarcada en la tradición de constitucionalismo occidental. El desarrollo sostenible, que fue definido y propugnado por el llamado Informe Brundtland (1987), pretende conjugar las aspiraciones de los países de la periferia de la economía mundial, articuladas en torno el derecho al desarrollo, con la nueva sensibilidad ambiental —no siempre sincera— de las sociedades centrales, aunque no impugna la estructura institucional del capitalismo global y ni la desregulación creciente en materia de comercio e inversiones, dentro de un paradigma indiscutiblemente antropocéntrico⁵. El mencionado informe define el desarrollo sostenible como aquel que “asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades”⁶.

⁴ Sobre la noción de desarrollo sostenible, vid. ALDER, WILKINSON (1999) p. 127 ss.; CLARKSON, WOOD (2009) 124 ss.; CONTI (1996) p. 468 ss.; JOSITSCH (1997) p. 101ss.; LOPERENA (1998) p. 61 ss.; PETITPIERRE-SAUVAIN (2001) p. 581-582; SOSA (2001) p. 57ss.; SPILLMANN (2000) p. 190; WALLIMANN (1995) p. 441.

⁵ DOBSON (1998) p. 60, pone de manifiesto el eclecticismo y la ambigüedad que caracterizan a la noción tal como se encuentra formulada en el Informe Brundtland. No faltan, sin embargo, visiones optimistas en relación con su capacidad de transformación de las relaciones internacionales, particularmente, en el eje Norte-Sur. Vid. MALANCZUK (1995) p. 986ss.

⁶ Vid. COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO (1988) p. 29.

La idea de desarrollo sostenible se incorpora con posterioridad a la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), que empieza por dejar claro su carácter antropocéntrico al afirmar que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible (principio 1), delimitando, al mismo tiempo, el derecho al desarrollo de acuerdo con la idea propugnada por el Informe Brundtland (principio 3)⁷. Estas ideas se reiteran en el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (2012), que propugna la economía verde como concepto central en el marco de una presión desarrollista aumentada por el escenario de crisis económica profunda, que viven los países del centro de la economía mundial desde 2008⁸. En cualquier caso, se trata de conseguir un punto de equilibrio entre tres polos o perspectivas diferentes, a saber, la protección del medio ambiente, la solidaridad social y la eficiencia económica, aunque esta última acaba constituyéndose en eje central, como muestra el documento final de la Conferencia Río+20⁹.

La idea de desarrollo sostenible sirve de hilo conductor a la complejidad del Derecho internacional del medio ambiente y se proyecta en los sistemas jurídicos nacionales, algunos de los cuales la incorporan explícitamente a su acervo constitucional como principio jurídico. Así, en relación con lo que nos ocupa, debo mencionar, en particular, el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (de acuerdo con la versión introducida por el Tratado de Lisboa)¹⁰. También diferentes textos constitucionales europeos han incorporado la noción de desarrollo sostenible a sus principios fundamentales, como sería el caso de la Constitución suiza de 1999 o la *Charte de l'environnement* francesa, de 2004¹¹. En el caso

⁷ Disponible en <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>> [última visita el 6 de octubre de 2014].

⁸ Disponible en <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf> [última visita el 6 de octubre de 2014].

⁹ Vid. MADER (2000) p. 110.

¹⁰ En relación con la incorporación de la noción de desarrollo sostenible a los textos constitucionales, vid. ZARKIN (2000) p. 4.

¹¹ Este documento se coloca, en el sistema constitucional francés, al mismo nivel que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y el elenco de derechos sociales consignados en el preámbulo de la Constitución de 1946.

de España, aunque la Constitución no ha incorporado explícitamente el concepto –dada la parquedad del número de reformas que ha experimentado–, puede considerarse integrado en una interpretación conjunta de los artículos 40.1, 45 y 130¹². En el ámbito autonómico, algunos estatutos recientes se han referido a la cuestión, entre los que cabe destacar el caso de Cataluña¹³.

A partir de esta idea nuclear, pueden establecerse diferentes principios, algunos de los cuales, pueden orientar al juez en el proceso de selección, interpretación y aplicación del Derecho ambiental. Pueden citarse, entre los relevantes para la función judicial, el principio de responsabilidad –en muchas ocasiones, consignado como ‘quién contamina paga’– o el principio de precaución, que va abriéndose paso con dificultad en este intento de reconducción a la coherencia del Derecho internacional del medio ambiente¹⁴. La tesis aquí es que estos principios constitucionales del Derecho internacional del medio ambiente tienen una proyección hermenéutica en el Derecho interno y, en consecuencia, en la praxis de los tribunales, aunque es cierto que una cultura jurídica legalista y la propia densidad normativa de las regulaciones ambientales tiende a reducir su potencial.

-
- ¹² La idea de desarrollo sostenible ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional precisamente en relación con el artículo 130CE, de modo que puede decirse, como intentaré desarrollar seguidamente, que el desarrollo sostenible puede extraerse, a través de una interpretación sistemática, de la propia Constitución. La STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 4, afirma, en relación con esto: “La conexión indicada [entre la calidad de vida en tanto que referida a la cultura y la economía y su incardinación constitucional con el medio ambiente] se hace explícita cuando se encomienda a los Poderes públicos la función de impulsar y desarrollar, se dice, la actividad económica y mejorar así el nivel de vida, ingrediente de la calidad si no sinónimo, con una referencia directa a ciertos recursos (la agricultura, la ganadería, la pesca) y a algunos espacios naturales (zonas de montaña) (artículo 130CE), lo que nos ha llevado a resaltar la necesidad de compatibilizar y armonizar ambos el desarrollo con el medio ambiente (STC 64/1982). Se trata, en definitiva del «desarrollo sostenible», equilibrado y racional que no olvida a las generaciones futuras, alumbrado el año 1987 en el llamado Informe Brundtland, con el título «Nuestro futuro común», encargado por la Asamblea general de las Naciones Unidas”. Como remarca la sentencia citada, la jurisprudencia constitucional ya había puesto de manifiesto la tensión entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente en la primera sentencia en que se refirió a esta última cuestión, a saber, la STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 1. Asimismo, la STC 82/1982, de 21 de diciembre, seguía la misma línea argumental.
- ¹³ Así, el artículo 4.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 establece: “Los poderes públicos de Cataluña deben promover los valores de la libertad, la democracia, la igualdad, el pluralismo, la paz, la justicia, la solidaridad, la cohesión social, la equidad de género y el desarrollo sostenible”.
- ¹⁴ Sobre los principios fundamentales del Derecho ambiental, vid. JARIA (2008) p. 119 ss.

2. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO

No debe desconocerse el impacto, desde una perspectiva constitucional, del reconocimiento de algún tipo de derecho humano en relación con el medio ambiente. En este sentido, aunque es cierto que no figura ni en la Declaración de 1948 ni en los pactos de 1966, el derecho al medio ambiente sano se ha ido abriendo paso en el discurso internacional en el marco de la cultura universal de los derechos. El principio primero de la Declaración de Estocolmo (1972) habría sido el primer paso para reconocimiento de derechos en relación con la protección del medio ambiente, a partir del que esta idea se ha ido extendiendo tanto en el Derecho internacional como en el Derecho interno¹⁵. Tanto la Constitución española de 1978 (art. 45) como la chilena de 1980 (art. 19.8), de hecho, incorporan el derecho a un medio ambiente adecuado en sus respectivos textos.

En el contexto internacional, el reconocimiento del derecho al medio ambiente, sin alcanzar un reconocimiento universal, da lugar lo que podría llamarse un derecho humano *in statu nascendi*¹⁶. En el plano universal, a pesar de no figurar en ninguno de los documentos pertenecientes al sistema de derechos humanos amparado por Naciones Unidas, como ya he dicho, el derecho al medio ambiente ha tenido acogida en algún texto de *soft law*, como la Declaración de Vizcaya (1999), aprobada bajo los auspicios de la UNESCO y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que reconoce en su artículo primero que todos tienen el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado¹⁷.

¹⁵ Para el texto de la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio humano, vid <<http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>> [última visita el 6 de octubre de 2014]. Para su importancia en el proceso de reconocimiento de derechos ambientales, vid. BOSELDMANN (2008) p. 121.

¹⁶ Vid. BORRÁS (2002) p. 462ss.; BOSELDMANN (2008) p. 126; LOPERENA (1998): p. 40; MORELLI (2000) p. 333 ss.

¹⁷ Disponible en <<http://www.oei.es/oeivirt/bizcaia.htm>> [última visita el 6 de octubre de 2014]. Asimismo, cabe mencionar el art. 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que está disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf> [última visita el 6 de octubre de 2014].

Ha sido, sin embargo, en el ámbito regional donde se ha avanzado más en el reconocimiento de un derecho al medio ambiente. Antes de entrar a analizar la situación en Europa, que contextualiza la situación en España en relación con la aplicación de los principios del Derecho internacional del medio ambiente por parte de los tribunales, deben mencionarse tanto el artículo 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)¹⁸, así como el artículo II del Protocolo de San Salvador (1988), adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, que se proyecta sobre el sistema jurídico chileno¹⁹. En cualquier caso, más allá del reconocimiento de un derecho al medio ambiente, que, en el caso español, como en el chileno, tiene un anclaje constitucional, es difícil establecer unos principios universalmente reconocidos en relación con el Derecho internacional del medio ambiente.

En este contexto, seguramente, el punto de referencia más importante es la Declaración de Río de 1992, que constituye justamente un desarrollo en forma de principios del paradigma de desarrollo sostenible²⁰. Entre los diferentes principios que se establecen en ese documento, creo que son relevantes, dentro del paradigma antropocéntrico y desarrollista que definen los principios 1, 2 y 3, el principio de cooperación (principios 7, 9, 10 y 14), el principio de responsabilidad (principio 13) y el principio de precaución (principio 15). Antes de entrar en la incidencia de estos principios nucleares en el Derecho internacional del medio ambiente, debe examinarse, siquiera sumariamente, el Derecho internacional regional, en este caso europeo.

¹⁸ Disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf?view=1>> [última visita el 6 de octubre de 2014].

¹⁹ Disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>> [última visita el 6 de octubre de 2014].

²⁰ Disponible en <<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>> [última visita el 12 de noviembre de 2014].

II. EL DERECHO INTERNACIONAL REGIONAL EN EUROPA Y LA CUESTIÓN AMBIENTAL

Contrariamente a lo que sucede en el caso de Protocolo de San Salvador, que consagra el reconocimiento de un derecho al medio ambiente sano en el sistema americano de derechos humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no incluye hasta la fecha ningún derecho equiparable. Sin embargo, no debe olvidarse la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que, a partir de los derechos reconocidos en el CEDH y, particularmente, el artículo 8 –derecho a la vida privada y familiar–, ha ido construyendo una esfera de intangibilidad personal ante los perjuicios ambientales en el marco de un discurso anclado plenamente en los derechos humanos²¹.

La jurisprudencia del TEDH, de acuerdo con la idea de un constitucionalismo multinivel y el diálogo entre tribunales, se proyecta sobre la actividad judicial de los estados suscriptores del CEDH. Particularmente, en el caso español, debe mencionarse el artículo 10.2, que “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, lo que, en particular, afecta a la jurisprudencia del TEDH, aunque, como hemos de ver, su proyección efectiva en la praxis judicial española en este ámbito es limitada²².

En cualquier caso, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó en 2003 la Recomendación 1614, en el que se propugnaba la redacción de un protocolo adicional que recogiera derechos de carácter procedimental en relación con el medio ambiente²³. Esta recomendación

²¹ Ello sucede desde principio de la década de los noventa del siglo pasado, con sentencias remarcables como *Powell y Rayner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990; y *López Ostra c. España*, de 14 de diciembre de 1994. Vid. LOZANO (2002) pp. 175-205.

²² Sobre el artículo 10.2 CE y su incidencia en la proyección de la jurisprudencia del TEDH en el sistema jurídico español, vid. CASTELLÀ (2001) pp. 141-164.

²³ Texto disponible en <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta03/EREC1614.htm>> [última visita el 6 de octubre de 2014].

no ha encontrado concreción en el CEDH, pero, sin embargo, enlaza con el caso más significativo de reconocimiento de derechos ambientales en el ámbito europeo, a saber, el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998²⁴. El Convenio está desvinculado del sistema de protección del Consejo de Europa y se ubica en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa y, gracias a su impacto, ha contribuido a orientar el derecho al medio ambiente sano hacia su faceta procedimental.

En el momento actual, pues, cabe considerar la incidencia, por una parte, de la jurisprudencia del TEDH en relación con las implicaciones ambientales del artículo 8 CEDH, así como, particularmente, el impacto del Convenio de Aarhus. En este último caso, sin embargo, la proyección en el Derecho interno se ha producido a través de la legislación, de modo que los jueces no deben apelar a lo dispuesto en el Convenio ni, en particular, a sus principios fundamentales, sino a la trasposición que opera la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE)²⁵.

Como el mismo título pone de manifiesto, de hecho, se trata de una trasposición de directivas europeas que, a su vez, incorporaban el Convenio al Derecho de la Unión Europea²⁶. Esto constituye una muestra del impacto del Derecho de la Unión Europea en la configuración del Derecho ambiental español, lo que modula con mucho la influencia del Derecho internacional del medio ambiente, cuya recepción se opera por intermediación del Derecho de la Unión Europea, que define de este modo un espacio axiológico particular que determina la actividad de los jueces españoles en relación con la protección del medio ambiente.

²⁴ Ratificado por el Reino de España el 15 de diciembre de 2004 (BOE, de 16 de febrero de 2005).

²⁵ BOE, de 19 de julio de 2006.

²⁶ La Directiva 2003/4/CE se publica en el DOCE, L 41/26, de 14 de febrero de 2003; mientras que la 2003/35/CE se publica en el DOCE, L 156/17, de 25 de junio de 2003.

III. LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO AMBIENTAL ESPAÑOL

Aunque no voy a entrar en detalle en la inmensa influencia del Derecho de la Unión Europea en los contenidos del Derecho ambiental español, es imprescindible hacer mención a ello en la medida en que, como queda atestiguado por el caso del Convenio de Aarhus, incorporado efectivamente al sistema jurídica español vía trasposición de las directivas que, a su vez, lo incorporaban al Derecho de la Unión Europea, el Derecho ambiental en España está fundamentalmente determinado por las decisiones que se toman en el marco de la Unión Europa, que, por consiguiente, opera de filtro normativo que condiciona la perspectiva que pueda tenerse en relación con los principios que puedan extraerse del Derecho internacional del medio ambiente²⁷. En realidad, la débil movilización interna en relación con la protección del medio ambiente en España va a ser suplantada por un Derecho europeo masivo, impulsado por los países donde el movimiento ambientalista tiene mayor relieve y donde la capacidad de adaptación de la industria es, asimismo, mayor.

De este modo, el Derecho ambiental en España experimenta un cambio dramático a partir de 1985, en que se produce la incorporación a las comunidades europeas, simbolizado por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, con el que se incorpora la evaluación de impacto ambiental a la práctica administrativa española²⁸. Con esta norma, se traspone la Directiva 85/377/EEC, de 27 de junio de 1985, sobre la evaluación de los efectos de ciertos proyectos públicos y privados en el medio ambiente²⁹. A partir de este momento, las modificaciones más importantes del Derecho ambiental en España van a producirse mediante las correspondientes transposiciones de directivas. Pueden citarse la modificación profunda de la intervención administrativa con la incorporación de la técnica IPPC³⁰, el impacto de la Directiva Marco en un ámbito tan sen-

²⁷ Vid. JORDANO (2001) s. p.

²⁸ BOE, de 30 de junio de 1986.

²⁹ DOCE, L 175, de 5 de julio de 1985.

³⁰ Así, la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (BOE, de 2 de julio de 2002).

sible en España como el Derecho de Aguas³¹, la citada incorporación de los derechos de participación reconocidos en el Convenio de Aarhus, el nuevo régimen de protección de la naturaleza contenido en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad³², o la normativa relativa al cambio climático y el control de emisiones que se inicia con el Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero³³.

Todo ello da lugar a un espacio particularmente ocupado por regulaciones, en muchas ocasiones muy penetradas de contenidos técnicos, que permiten poco juego a las normas de carácter principal que podría extraerse del Derecho internacional del medio ambiente y, en particular, condicionan la lectura del derecho al medio ambiente adecuado y del principio del desarrollo sostenible en un contexto superpoblado de normativa administrativa, altamente tecnicizada, inestable y exhaustiva. En cualquier caso, dicho espacio está determinado por el Derecho de la Unión Europea, cuyo carácter particularmente reglamentista condiciona la recepción de principios internacionales en su interpretación y la aplicación.

90

IV. EL DERECHO AMBIENTAL COMO ESPACIO REGULADOR Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

Efectivamente, no puede desconocerse la complejidad del Derecho ambiental. Se trata, en su mayor parte, de un espacio regulatorio detallista, penetrado de conocimiento experto y, con ello, aparentemente refractario a la penetración de consideraciones axiológicas profundas en forma de principios. Por otra parte, se trata, asimismo, de un espacio normativo que, justamente por ser dependiente de opciones técnicas y políticas

³¹ Vid. la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de las aguas (DOCE, L 327/1, de 22 de diciembre de 2000).

³² BOE, de 14 de diciembre de 2007.

³³ BOE, de 28 de agosto de 2004.

provisionales, tendentes a generar normas *ad hoc* de gran volatilidad. Ello conlleva que los jueces, en el proceso de selección, interpretación y aplicación del Derecho, deban reposar sobre elementos permanentes y generales que permitan la unificación de un contexto normativo muy complejo y en continua transformación. En este sentido, parece claro que las reservas ante la idoneidad de las normas principales en la tarea de aplicación del Derecho ambiental deben superarse para generar un espacio de consenso social reconocible que sostenga la variabilidad técnica de normas-medida sin vocación de permanencia.

En este contexto, tiene sentido la incorporación de principios jurídicos proporcionados por el Derecho internacional, que genera una estructura axiológica nuclear y compartida que puede proyectarse sobre los sistemas jurídicos estatales para proporcionar coherencia, estabilidad y transparencia a un marco regulatorio complejo, volátil y altamente penetrado de conocimiento experto. En el caso de España, ello conlleva, asimismo, la toma en consideración de los desarrollos que se producen en el Derecho internacional regional –particularmente, como ya he mencionado, el CEDH y su desarrollo jurisprudencia, así como el Convenio de Aarhus–.

Concibiendo el Derecho ambiental, en el marco del paradigma definido por el desarrollo sostenible como núcleo axiológico, como expresión jurídica del compromiso entre desarrollo económico y tecnológico y la conservación del espacio físico como escenario de vida social, cuya configuración debe hacer posible el bienestar y la calidad de vida de los seres humanos, se pueden extraer unos principios rectores, en el marco del constitucionalismo multinivel definido por el Derecho internacional del medio ambiente y el Derecho de la Unión Europea que deberían contribuir a la interpretación por parte de los tribunales. La disciplina social del desarrollo, que se proyecta tanto en la validación de las tecnologías como en las políticas de asignación de recursos, implica, en definitiva un juicio sobre el riesgo que se vehicula a través del aparato normativo del Derecho ambiental. La coherencia de este juicio se retrotrae a una norma de principio que concede una determinada orientación al marco

regulador, así como a los espacios de discrecionalidad técnica y oportunidad política que este puede llegar a abrir.

Aquí se proyecta el primero de los principios fundamentales que, a mi juicio, cabe extraer del marco constitucional multinivel que determina el Derecho ambiental español, a saber, el principio de precaución³⁴. Dicho principio se consagra en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, concretamente, en su artículo 191.2 y constituye un elemento central en la articulación del núcleo axiológico del Derecho ambiental de los estados miembros. Dicho principio pretende responder al hecho de que el medio ambiente en su conjunto es un sistema complejo, donde se acumulan múltiples relaciones internas que, en muchos casos, nos resultan desconocidas³⁵. El conocimiento disponible no puede proporcionar propuestas concluyentes ni respuestas unívocas en relación con las consecuencias de las decisiones que determinan el despliegue del metabolismo social, de modo que el desarrollo se produce en un contexto incierto³⁶.

Por todo ello, debe aceptarse, en consecuencia, la pertinencia del principio de precaución³⁷. El principio de precaución constituye la concreción jurídica del juicio sobre el riesgo, de modo que aquellos riesgos plausibles y no asumibles socialmente, quedan bloqueados por el ordenamiento jurídico³⁸. Se consagró por primera vez en Alemania, en el marco de un programa de protección del medio ambiente en 1971. Posteriormente, fue desarrollado por el Gobierno federal a la hora de definir su política ambiental en 1976 y, a partir de ahí, se convirtió en un elemento nuclear de la política y el Derecho ambiental alemanes, habiendo pasado después a integrar también el Derecho ambiental de la Unión Europea³⁹. A partir de la aplicación del principio de precaución en la creación del

³⁴ Sobre el principio de precaución, vid. BENIDICKSON (1997) p. 18ss.; CECCHETTI (2000) p. 169ss.; ERBGU-TH (1987) p. 92ss.; KOECHLIN (1989) p. 10ss.; ROMI, (2001) p. 95ss.; PADILHA, (2010) p. 248ss.

³⁵ Vid. LOZANO (2002), p. 178-179.

³⁶ Vid. GUDYNAS (2009) p. 46.

³⁷ Vid. RESPINI (1991) p. 4.

³⁸ Vid. MECKLENBURG (2003) p. 115.

³⁹ Vid. HANSCHERL (2006) p. 180-181.

Derecho ambiental, funciona el segundo principio fundamental en este ámbito, a saber, el principio de responsabilidad, de modo que ésta se reparte en función de si las consecuencias de una determinada actividad son cubiertas o no por el Derecho vigente, es decir son fruto o no de la asunción de riesgos materializada en el acto de creación del Derecho. El principio de responsabilidad, formulado como ‘quién contamina paga’, se encuentra, asimismo, recogido en el artículo 191.2 TFUE. El principio de precaución determina, de este modo, el contenido del Derecho y el principio de responsabilidad reparte las consecuencias de su aplicación.

Finalmente, debe añadirse un tercer principio que constituye el tercer pilar sobre el que reposa el conjunto del ordenamiento jurídico ambiental como instrumento de control social sobre el desarrollo tecnológico y económico. Se trata del principio de colaboración, que supone la participación social en la asunción de riesgos y en el reparto de responsabilidades que constituyen en el contenido esencial del Derecho ambiental. Así, se presenta como la concreción del principio democrático en este terreno. Aunque la referencia al principio de cooperación no es explícita en el TFUE, como sucede con los anteriores, debe notarse la acción coordinada a la que se refiere el artículo 191.4, así como las implicaciones de los artículos 4.3 y 5.3 TUE.

Estos principios, derivados del Derecho de la Unión Europea y coherentes, a mi juicio, con los fundamentos del Derecho internacional del medio ambiente, en relación con el desarrollo sostenible y la centralidad de los derechos humanos, deberían constituir el elemento axiológico central que permitiera centrar la multiplicidad de normas del Derecho ambiental en un esquema comprensible y transparente. Sin embargo, el positivismo legalista y la densidad regulativa del Derecho ambiental hacen que no siempre puedan aflorar en la praxis judicial. Por otra parte, el propio marco regulatorio europeo tiende a ocultar tales principios en una normativa exhaustiva, tecnicista y detallista.

V. LA CULTURA JURÍDICA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y SU EXPOSICIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL

Ante la cuestión de cómo impactan los principios fundamentales del Derecho ambiental, establecidos de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea en relación con el Derecho internacional del medio ambiente, en la práctica de los jueces, debemos referirnos a su formación, no perdiendo de vista que, a pesar de la complejidad normativa que puede presentarse en este ámbito, existe un denso Derecho de origen legislativo que permite persistir en el positivismo legalista y obviar a los principios como elemento cohesionador del acto de interpretación. En este sentido, la cultura jurídica española se encuadra plenamente en el Derecho continental de patrón romano, que ha ido construyéndose a lo largo del tiempo en base al despliegue histórico del principio *quod principi placuit legis habet vigorem*, esto es, la igualdad entre el Derecho y la voluntad del soberano. El control de constitucionalidad ha introducido importantes matices en las prácticas tradicionales del Derecho continental, en especial, en aquellos casos en que ha venido aparejada a una refundación constitucional, como es el caso de Italia o de Alemania.

Sin embargo, aunque la implantación de la justicia constitucional determina un escenario de transición en relación con la cultura legalista, consolidada en España en el largo proceso de implantación del estado moderno y, particularmente, durante su fase determinante, a lo largo del siglo XIX, bajo la égida ideológica del liberalismo doctrinario. En este sentido, debe notarse que el cambio de régimen que se produce al final de la dictadura franquista en los años setenta se lleva a cabo en unas circunstancias que diluyen el potencial transformador del control de constitucionalidad en relación con la cultura jurídica hegemónica y la praxis de los operadores jurídicos. Efectivamente, contrariamente al final traumático del nazismo o del fascismo, el franquismo termina en una transición suave que, desde el punto de vista jurídico, se vehicula a través

de la reforma, no la ruptura⁴⁰. Este hecho histórico permite la continuidad de la cultura profesional tradicional de los jueces y, en particular, del positivismo legalista como parámetro de corrección profesional⁴¹.

Por este motivo, en mi opinión no se generan las condiciones para una crítica del positivismo legalista desde la reivindicación del estado de Derecho sustancial, sino más bien su reforzamiento, a partir de la idea defendida por el prestigioso catedrático de Derecho Administrativo Eduardo García de Enterría, en el sentido de que la ley había servido como elemento eficaz de control del poder durante el franquismo. Esta pervivencia de una cultura legalista coloca a los jueces españoles en una posición incómoda a la hora de manejar un escenario normativo complejo, múltiple y proteico, en la medida que impide el desarrollo de una jurisprudencia en diálogo con la sociedad que utilice los principios como instrumentos de cohesión y coherencia en la selección, interpretación del derecho. En definitiva, el carácter jurídicamente continuista de la Transición contribuye a la pervivencia de un positivismo formalista que presenta reservas importantes ante el uso de los principios en la tarea de interpretación del Derecho ante un espacio normativo complejo y fragmentado. Ello se reproduce en el Derecho ambiental, de modo que la acumulación de regulaciones, la mayor parte con origen en el Derecho de la Unión Europea, y la timidez legalista ante el uso de los principios hace que, en el fondo, la consideración en la praxis judicial de los vigas maestras que sostienen conceptualmente la protección jurídica del medio ambiente sea más bien escasa.

Antes de pasar a un examen sucinto del impacto de los principios del Derecho ambiental en la praxis judicial en España es necesario detenerse en cómo el positivismo legalista continúa determinando la cultura

⁴⁰ Con la Constitución de 1978 se implanta y consolida un estado social y democrático de Derecho, pero no se impugna la continuidad histórica de la legalidad franquista –no existe una ruptura explícita con la legitimidad surgida el 18 de julio de 1936–, simbolizada por la continuidad en la Jefatura del Estado, “símbolo de su unidad y permanencia”, de acuerdo con el artículo 56.1 CE, articulada de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de sucesión a la Jefatura del Estado, de 1946, y el artículo 1 de la Ley 62/1969, de 22 de julio, por la que se provee lo concerniente a la sucesión en la Jefatura del Estado.

⁴¹ Vid. DE MONTAGUT (2010) p. 117.

profesional de los jueces en España, partiendo de la ya mencionada inexistencia de ruptura constitucional al final de la dictadura franquista. El modelo de juez en España se corresponde con el propio de los sistemas continentales o de *civil law*, esto es, un juez de carrera, que forma parte de un cuerpo público al que se accede, de manera preferente, a través de un concurso público competitivo, en el que se evalúan los conocimientos jurídicos del candidato. Se trata del llamado modelo burocrático de juez⁴². Como es común en los sistemas latinos –contrariamente al *common law*, pero también a lo que sucede con el tronco germánico del *civil law*–, el juez se forma profesionalmente en una carrera separada del abogado desde la finalización de los estudios de Derecho, de modo que hay una diferenciación funcional precoz que erosiona la conciencia de unidad –*Einheitsjurist*– propia del mundo profesional germánico o anglosajón.

La opción actual en relación con la selección y la formación de los jueces en España parte de la Ley provisional de organización del Poder Judicial, de 1870, que prolongó su vigencia durante más de un siglo y que determinó la consolidación de un modelo, por encima de los cambios políticos sucedidos desde entonces. Este modelo respondía a los presupuestos ideológicos del liberalismo doctrinario, particularmente durante la Restauración borbónica, y el positivismo legalista, aunque, en origen la Ley mencionada respondía a las indicaciones de una de las constituciones más progresistas de la historia de España y de la Europa del momento, la de 1869⁴³. La burocratización de la judicatura encajaba con el proceso de construcción del estado liberal en que se produjo una apropiación del Estado por parte de la burguesía agraria y financiera del centro y sur de la Península que perdura hasta el día de hoy, con la consolidación de una

⁴² Vid. JIMÉNEZ (2001) p. 150.

⁴³ Concretamente, el artículo 94 de la Constitución española de 1869, establecía el siguiente:

“El Rey nombra los Magistrados y Jueces a propuesta del Consejo de Estado y con arreglo a la ley orgánica de Tribunales.

El ingreso en la carrera judicial será por oposición. Sin embargo, el Rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de Magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior; ni a las reglas generales de la ley orgánica de Tribunales pero siempre con audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para estos casos establezca la referida ley”.

casta burocrática que provee al aparato del Estado de unos cuerpos de élite que se mantienen por encima de los cambios políticos.

Esta continuidad explica, en parte, el proceso reformista que se desarrolla entre la muerte de Franco en 1975 y la aprobación de la nueva Constitución en 1978, lo que implica, en relación con la cuestión que nos ocupa, que no hay ni una renovación de la judicatura ni un replanteamiento del sistema de selección y formación de los jueces, a pesar de que la Carta Magna subraya su independencia. Esto significa que la cultura profesional formalista y legalista desarrollada en el marco de un modelo burocrático y elitista –en relación con las demás profesiones jurídicas– de juez se consolida, lo que, obviamente, va a determinar, cuando llegue el momento –sobre todo, a partir de 1985, con el ingreso de España en las Comunidades Europeas–, una cierta visión del Derecho ambiental, a partir de unos presupuestos culturales decimonónicos, poco adaptados a la complejidad normativa del mundo contemporáneo y al uso de normas de principio en el acto de selección e interpretación del Derecho.

La Constitución de 1978 establece la existencia un cuerpo único de magistrados y jueces de carrera, en su artículo 122. Sin embargo, la constitucionalización del modelo burocrático no supone ninguna opción concreta en relación con la selección, aunque la continuidad del aparato judicial en relación con el régimen anterior, permite que el modelo se vincule de manera natural a la oposición tradicional⁴⁴. El precepto mencionado, junto con los artículos 23.2, 117.1 y 122.2 CE, determina el marco constitucional para configurar el acceso a la judicatura, cuya regulación concreta queda diferida al legislador orgánico. En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial, que sustituye en 1985 la venerable Ley de 1870, mantiene el sistema tradicional de oposición como vía de acceso canónica a la judicatura, aunque preveía otras vías alternativas que las reformas posteriores han laminado considerablemente, de acuerdo con las demandas de los jueces y magistrados, convencidos de las virtudes

⁴⁴ Vid. SAIZ (2007) p. 7.

de la oposición como mecanismo de selección, y los tradicionales reproches de contaminación política que remiten a la introducción del cuarto turno durante la Restauración borbónica.

La oposición se basa en una prueba selectiva de carácter público en la que se evalúa, sencillamente, de acuerdo con una concepción decimonónica de la capacidad profesional, la memoria de los aspirantes⁴⁵. Así, el filtro canónico de entrada en la carrera judicial prima una capacidad profesional basada en el conocimiento del Derecho de origen legal, sin que se tengan en cuenta las habilidades específicas que requeriría el proceso de selección, interpretación y aplicación del Derecho en un contexto complejo de disgregación normativa y superación de los marcos de referencia estatales, en el que se proyectaría precisamente el uso de normas principales construidas a partir de los contenidos del Derecho internacional, tanto universal como regional, en el ámbito de la protección del medio ambiente⁴⁶. Este es el contexto en el que se opera, en definitiva, la recepción de los principios mencionados en la praxis judicial española, a la que me voy a referir seguidamente.

98

VI. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

A la hora de analizar el impacto de los principios del Derecho ambiental previamente identificados, debemos tener en cuenta el impacto que tiene la regulación exhaustiva y reglamentista que, impulsada por la actividad legislativa de la Unión Europea, acaba configurando el material normativo con el que los jueces trabajan, en el marco de una cultura jurídica legalista que desconfía de las normas de principio y del papel activo del juez, de acuerdo con el principio de legalidad concebido en los términos tradicionales del estado de Derecho formal. Esto da lugar a un

⁴⁵ Vid. *Ibid.*, p. 5.

⁴⁶ Vid. JARIA (2011) p. 8.

uso limitado de los principios en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, en ocasiones, el marco internacional tiene una cierta proyección hermenéutica, aunque sus efectos sean más bien reducidos en la fundamentación efectiva de las sentencias judiciales.

En cierto modo, el propio marco jurídico definido por las directivas europeas incorpora y desarrolla los principios que el propio Derecho originario de la Unión consagra en relación con la protección del medio ambiente y que, en cierto modo, constituye la lectura europea de los fundamentos nucleares del Derecho internacional del medio ambiente a partir de la Declaración de Río de 1992. El traslado de tales principios a la praxis se opera mediante las regulaciones detalladas contenidas en las directivas que, a su vez, se proyectan sobre los correspondientes actos de trasposición. Así, los Tribunales pueden apelar a un marco regulatorio concreto y definido que les permite responder a los conflictos ambientales de acuerdo con su concepción formalista del principio de legalidad, obviando las implicaciones que pudiera tener en su actividad de selección e interpretación del Derecho aplicable el núcleo axiológico del Derecho internacional del medio ambiente.

99

En algún caso, el Derecho internacional del medio ambiente ha penetrado en la argumentación jurídica del Tribunal Supremo. Así, el mencionado Convenio de Aarhus se ha proyectado ocasionalmente en la praxis de los Tribunales, contribuyendo a configurar una nueva lectura en relación con algunos derechos constitucionales, como la propia tutela judicial efectiva. En este sentido, debe mencionarse el acceso a la justicia, que queda modulado en esta materia, de acuerdo con el potencial hermenéutico que se deriva de las normas del convenio en relación con el artículo 10.2 CE⁴⁷. Sin embargo, en general, la presencia del Derecho internacional del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal supremo es poco significativa, de acuerdo con una visión introspectiva y legalista que responde a una cultura profesional consolidada y a un marco regulatorio detallado y exhaustivo.

⁴⁷ Vid. STS de 20 de febrero de 2010, por ejemplo.

Quizá el principio de cooperación constituya una excepción, en la medida en que las exigencias que impone a los operadores jurídicos la existencia de un estado complejo con múltiples centros de poder obligan a considerar la cooperación entre ellos en espacios transversales como los que acostumbra a definir la protección del medio ambiente. Así, en materia de antenas de telefonía móvil, que ha sido un ámbito particularmente conflictivo en España en los últimos años, el Tribunal Supremo apela a tal principio en su jurisprudencia⁴⁸. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha utilizado ampliamente tal principio en relación con la necesidad de promover instrumentos de cooperación entre las comunidades autónomas y las instituciones centrales del Estado en diversos aspectos de la política ambiental que implican la concurrencia de competencias diversas⁴⁹.

En todo caso, la jurisprudencia constitucional continua siendo más bien irrelevante en este terreno, si se excluye la difícil tarea de la delimitación competencial en relación con la protección del medio ambiente, que da lugar a una amplia producción de sentencias. Algunas de las sentencias extraordinariamente relevantes del Tribunal Constitucional en materia de protección del medio ambiente, como la 227/1988, de 29 de noviembre, en materia de aguas, o la 13/1998, de 22 de enero, en materia de evaluación de impacto ambiental, son extraordinariamente parcas en relación con los principios del Derecho internacional del medio ambiente. La única excepción relevante la constituye la STC 105/1995, de 26 de junio, en materia de espacios naturales, que hace una tímida referencia al informe Brundtland y a la Declaración de Río.

La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha confirmado esta tendencia y, obvia, en su mayor parte, las referencias al Derecho internacional del medio ambiente y, de hecho, incluso al propio Derecho de la Unión Europea. Un ejemplo, a mi juicio, reciente y significativo son los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con

⁴⁸ Vid. STS de 27 de mayo de 2013, entre otras.

⁴⁹ Un ejemplo sería el caso de los puertos del Estado, en los que confluyen múltiples competencias, tanto estatales como autonómicas. En relación con ello, vid. la STC 40/1998, de 19 de febrero.

la constitucionalidad de diferentes disposiciones estatutarias en materia de aguas, mediante las cuales ciertas comunidades autónomas asumían competencias en relación con cuencas hidrográficas intercomunitarias. El silencio clamoroso en relación con la Directiva marco de aguas en las SSTC 30/2011, de 16 de marzo, 32/2011, de 17 de marzo de 2011, o 195/2012, de 31 de octubre, entre otras, me parece una muestra evidente la actitud del Tribunal Constitucional en esta materia.

En cualquier caso, el hecho de que una inmensa mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con la protección del medio ambiente se refieran a cuestiones competenciales supone un factor suplementario en la postergación de los principios del Derecho internacional del medio ambiente en su jurisprudencia. En relación con una lectura constitucional de los derechos ambientales, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido en extremo parcos, más teniendo en cuenta la existencia de la doctrina consolidada del TEDH en relación con la interpretación del artículo 8 CEDH. En este sentido, es relevante la STC 119/2001, de 24 de mayo, en que desestimó una pretensión en relación con una violación del artículo 18 CE per causa de contaminación acústica que se basaba en la doctrina del TEDH, y que, finalmente, el propio Tribunal Europeo corrigió en su Sentencia Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004.

Recientemente, en un caso equiparable en muchos aspectos, la STC 150/2011, de 29 de septiembre, el Tribunal Constitucional vuelve a considerar que no se acredita suficientemente la violación del derecho fundamental, por lo que desestima la demanda, mencionando expresamente la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo que condenó en su día a España, después que el propio Tribunal Constitucional hubiera desestimado, asimismo, que se hubiera producido una violación del artículo 18.2 CE en relación con el artículo 8 CEDH. Así, el Tribunal Constitucional considera que

[...] en este caso no ha quedado acreditado debidamente por quien tenía la carga de hacerlo que durante el «período en cuestión», que no es coincidente apenas con el evaluado por el

Tribunal Europeo en el asunto referenciado, el Ayuntamiento de Valencia tolerase el incumplimiento reiterado de las obligaciones generales establecidas en la Ordenanza de ruidos y de las especiales impuestas por el Acuerdo Plenario que hizo la declaración de zona acústicamente saturada, lo que es muy trascendente en atención a que nuestra doctrina sobre el ruido como factor lesivo de los derechos fundamentales alegados viene exigiendo que «la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» (STC 119/2001, FJ 6 in fine), todo lo cual conduce a desestimar este primer motivo de amparo.

En consecuencia, puede considerarse que, si el Tribunal Constitucional es poco sensible a la aplicación de la doctrina del TEDH en supuestos claros en relación con la interpretación del CEDH, no es demasiado esperable que lo sea en relación con principios generales del Derecho internacional del medio ambiente que no han sido formulados con tal claridad. Se percibe, en definitiva, una actitud más bien reservada en relación con las implicaciones constitucionales de tales principios que dan lugar a su postergación sistemática.

102

VII. RECAPITULACIÓN

De lo dicho en las páginas anteriores, puede concluirse, en definitiva, que los principios que puedan extraerse del Derecho internacional del medio ambiente y, en particular, los aquí seleccionados, esto es, los de precaución, responsabilidad y cooperación tienen una presencia testimonial en la jurisprudencia española, tanto en el caso del Tribunal Supremo como en el caso del Tribunal Constitucional. Esto implica una aproximación más bien reglamentista y formalista que se encuentra cómoda con un marco jurídico exhaustivo y altamente penetrado de conocimiento experto, de modo que los tribunales pueden obviar, mediante el recurso a la literalidad, debates relevantes en relación con las políticas ambientales que

exigirían un manejo de las normas de principio para el cual tampoco están particularmente preparados por la cultura jurídica dominante, particularmente en aquello en que se proyecta en la formación de los jueces.

Ello tiende consecuencias profundas desde el punto de vista del control de poder, especialmente, cuando tales aparatos normativos responden a la colusión de intereses entre los poderes públicos y los grandes actores empresariales en un contexto global de reproducción socioeconómica que obliga a los estados a adoptar políticas de atracción de la inversión, en ocasiones a costa de la protección del entorno en el que están asentados. En este sentido, en mi opinión, se producen déficits evidentes en relación con el control del poder, así como con la comprensión de los conflictos ambientales, de modo que tiende a banalizarse tanto el potencial de transformación del Derecho ambiental en relación con la teoría y la praxis jurídica, así como el papel del Derecho en la disciplina del metabolismo social y el establecimiento de mecanismos de gobernanza transparentes y equitativos en relación con el uso de los recursos naturales y el reparto de los beneficios y los perjuicios derivados del metabolismo social.

103

Los desafíos contemporáneos de la judicatura pasan, en buena parte, por responder adecuadamente a las nuevas necesidades en relación con el control y la limitación del poder que plantea un escenario como el de la fase avanzada del proceso de acumulación capitalista, definido por una primacía del capital financiero y una presión consiguiente en relación con los recursos naturales, dentro de un esquema de intercambio desigual. La existencia de concentraciones de poder que trascienden al estado-nación, de marcos regulatorios opacos, de espacios de decisión de dudosa legitimidad democrática y la dependencia financiera de los estados nos colocan ante un marco socioeconómico muy distinto de aquél en el que el positivismo legalista se desarrolló, concentrado en el estado-nación como marco de reproducción social. Por ello, la penetración de los principios en la actividad judicial, a partir de la toma de conciencia de un espacio normativo disgregado y diverso, se antoja imprescindible si la judicatura debe jugar aún un papel en la tutela del estatus de ciudadanía de los justiciables.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDER, John, WILKINSON, David (1999): *Environmental Law & Ethics* (Londres, Macmillan).

BENIDICKSON, Jamie (1997): *Environmental Law* (Ottawa, Irwin Law):

BORRÀS PENTINAT, Susana (2002): “La configuración de un nuevo derecho humano: el derecho humano al medioambiente”, en Annoni, Danielle (coord.), *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos* (Río de Janeiro, América Jurídica): pp. 453-468.

BOSELMANN, Klaus (2008): *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance* (Farnham, Burlington, Ashgate).

CASTELLÀ ANDREU, Josep M^a. (2001): “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los derechos fundamentales”, en Aparicio Pérez, Miguel Ángel (coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico* (Barcelona, Cedecs): pp. 141-164.

CECCHETTI, Marcello (2000): *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente* (Milán, Giuffrè).

CLARKSON, Stephen, WOOD, Stepan (2009): *A Perilous Imbalance. The Globalization of Canadian Law and Governance* (Vancouver, Toronto, UBC Press).

COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO (1988): *Nuestro futuro común* (Madrid, Alianza Editorial).

CONTI, Sergio (1996): *Geografia economica. Teorie e metodi*, (Turín, UTET).

DE MONTAGUT, Tomàs (2010): “Ruptura i transició a la democràcia com a font de dos tipus de drets històrics compatibles per a Catalunya”, *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. especial sobre la STC 31/2010: pp. 117-121.

DOBSON, Andrew (1998): *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice* (Oxford, Oxford University Press).

ERBGUTH, Wilfried (1987): *Rechtssystematische Grundfragen des Umweltschutzes* (Berlín, Duncker & Humblot).

GUDYNAS, Eduardo (2009): “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, en Acosta, Alberto, Martínez, Esperanza (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo* (Quito, Abya-Yala): pp. 39-49.

HANSCHERL, Dick (2006): “Progress and the Precautionary Principle in Administrative Law - Country Report on Germany”, en Riedel, Eibe, Wolfrum, Rüdiger (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, (Berlín, Heidelberg, Nueva York, Springer): pp. 179-209.

JARIA I MANZANO, Jordi (2008): “El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006”, en Pigrau Solé, Antoni (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus* (Barcelona, Atelier): pp. 119-147.

JARIA I MANZANO, Jordi (2011): “Selección, perfil profesional y formación inicial de los jueces en España”, *Revista de Educación y Derecho / Education and Law Review*, núm. 3. Disponible en <<http://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/1780/1754>>.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2001): “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”, en *El acceso a la función judicial: estudio comparado* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial. Madrid): pp. 115-249.

JORDANO FRAGA, Jesús (2001): “La aplicación del Derecho ambiental de la Unión Europea en España: Perspectivas de evolución y desafíos del ius commune ambiental europeo”, *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 6. Disponible en <<http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/06/LA%20APLICACION%20DEL%20DERECHO%20AMBIENTAL.htm>>.

JOSITSCH, Daniel (1997): “Das Konzept der nachhaltigen Entwicklung (Sustainable Development) im Völkerrecht und seine innerstaatliche Umweltsetzung”, *Umweltrecht in der Praxis / Le Droit de l’environnement dans la pratique*: pp. 93-121.

KLABBERS, Jan, PETERS, Anne, ULFSTEIN, Geir (2009): *The Constitutionalization of International Law* (Oxford, Oxford University Press).

KOECHLIN, Dominik (1989): *Das Vorsorgeprinzip im Umweltschutzgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Emissions- und Immissionsgrenzwerte* (Basilea, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn):

LOPERENA ROTA, Demetrio (1998): *Los principios del Derecho ambiental* (Madrid, Civitas).

LOZANO CUTANDA, Blanca (2002): “La ‘ecologización’ de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1: pp. 175-205.

MADER, Luzius (2000): “Die Umwelt in neuer Verfassung? Anmerkungen zu umweltschutzrelevanten Bestimmungen der neuen Bundesverfassung”, *Umweltrecht in der Praxis / Le Droit de l’environnement dans la pratique*: pp. 105-119.

MALANCZUK, Peter (1995): “Die Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung (UNCED) und das internationale Umweltrecht”, en Beyerlin, Ulrich, Bohte, Michael, Hofmann, Rainer, Petersmann, Ernst-Ulrich (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt* (Berlín, Heidelberg, Nueva York, Springer): pp. 985-1002.

MECKLENBURG, Wilhelm (2003): “Über das Apriorische der Bundesfernstrassen”, en Krämer, Ludwig, *Recht und Um-Welt. Essays in Honour of Prof. Dr. Gerd Winter* (Groningen. Europa Law Publishing): pp. 113-136.

MORELLI, Sandra (2000): “La protección de la diversidad e integridad del ambiente: un mandato constitucional en el Derecho colombiano”, en

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (coord.), *Derecho comparado del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos* (Granada, Comares): pp. 331-384.

PADILHA, Norma Sueli (2010): *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro* (Río de Janeiro, Elsevier).

PERNICE, Ingolf, KANITZ, Ralf (2004): *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe* (Walter Hallstein-Institut Paper).

PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne (2001): “Fondements écologiques de l’ordre constitutionnel suisse”, en Thürer, Daniel, Aubert, Jean-François, Müller, Jörg Paul (eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse* (Zúrich, Schulthess): pp. 579-590.

RESPINI, Renzo (1991): “Tecnica e diritto nell’ambito della protezione dell’ambiente”, en *Tecnica e diritto nell’ambito della protezione dell’ambiente. Atti della giornata di studio del 29 de maggio 1990* (Lugano, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi): pp. 3-9.

ROMI, Raphaël (2001) *Droit et administration de l’environnement* (París, Montchrestien, cuarta edición).

SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2007): *La reforma del acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas* (Madrid, Fundación Alternativas).

SOSA, Nicolás M. (2001): “A vueltas con la sustentabilidad, esta vez desde la ética”, *Sistema*, núm. 162-163: pp. 53-72.

SPILLMANN, Werner (2000): “Schwächen Nachhaltigkeitskonzepte den Umweltschutz? Eine Analyse am Beispiel des Verkehrs”, *Umweltrecht in der Praxis / Le Droit de l’environnement dans la pratique*: pp. 187-202.

WALLIMANN, Bruno (1995): “Das schweizerische Umweltrecht auf der Höhe der Zeit”, *Umweltrecht in der Praxis / Le Droit de l’environnement dans la pratique*: pp. 437-443.

ZARKIN CORTÉS, Sergio Salomón (2000): *Derecho de protección al ambiente* (México DF, Porrúa).

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Dra. Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida¹

RESUMEN: En este artículo se analiza la jurisprudencia generada por las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en lo que refiere al derecho de consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y el derecho a salvaguardar la integridad de su medio ambiente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Evaluaremos la posición jurisprudencial en torno a las premisas que han estructurado el debate judicial y que refieren a: la procedencia de la consulta indígena; estándares específicos definidos por el Convenio 169; e idoneidad de los instrumentos de gestión ambiental, EIA y/o DIA, para definir la susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas.

Para el análisis jurisprudencial se utiliza los directrices interpretativas generada por los órganos internacionales de derechos humanos respecto de los derechos indígenas a los que se circunscribe este artículo y que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (CDH) y las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones (CEARC) de la OIT.

¹ Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Master en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame – Estados Unidos de Norte América. Doctora en Derecho de la Universidad de Chile. Investigadora de post – doctorado Centro de Investigaciones sobre Clima y Resiliencia (CR2), proyecto FONDAP 15110009; Profesora Cátedra Antropología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; y, Co-Directora Fundación Observatorio Ciudadano.

ABSTRACT: This article discusses the jurisprudence generated by the Courts of Appeals and Supreme Court in what concerns the right of prior, and informed consultation to indigenous peoples and the right to safeguard the integrity of its environment in the System of Environmental Impact Assessment. Evaluate the jurisprudential position on the premises that have structured the judicial debate and concern the precedence of indigenous consultation, specific standards defined by Convention 169 and adequacy of environmental management tools, EIA and / or DIA, to define the susceptibility of affectation to indigenous peoples.

For the jurisprudential analysis will be used the interpretative guidelines generated by international human rights bodies regarding indigenous rights to which this article is limited and emanating from the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the Committee on Human Rights the United Nations (HRC) and the opinions of the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations (CEACR) of the ILO.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la puesta en vigencia del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en adelante el Convenio 169,² los Tribunales Superiores de Justicia han desarrollado una profusa jurisprudencia sobre la protección de derechos indígenas, en particular el derecho a la consulta previa, libre e informada y el derecho al medio ambiente, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental³.

Los Pueblos Indígenas han recurrido a instancias judiciales para impugnar Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), que autorizan la ejecución de proyectos de inversión susceptibles de afectar sus derechos fundamentales, reconocidos constitucionalmente.

Lo que se ha debatido en sede judicial son las siguientes premisas: Primero, que estos actos administrativos deberían ser sometidos a un proceso de consulta indígena de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169; Segundo, que dicho proceso debe ajustarse a estándares específicos definidos por el Convenio 169 y que éstos difieren de los que regulan la participación ciudadana establecida en la legislación ambiental⁴; y, tercero, que los proyectos susceptibles de afectar el sistema de vida y costumbre indígena requieren de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) siendo insuficiente para otorgar la calificación ambiental una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

Estas premisas se sostienen en el marco legal que provee el Convenio 169, cuya piedra angular es el derecho de consulta y participación indígena, regulado en los artículos 6, 7, 15, 16 y 17, entre otros.

² El Estado de Chile ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes en el año 2008, y conforme a lo dispuesto en el artículo 38, entró en vigencia plena en septiembre de 2009, es decir doce meses después de registrada la ratificación en el registro que al efecto lleva el Director General de la OIT.

³ El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental está establecido en la Ley 19.300 de 1994, modificada por medio de la Ley 20.173 de 2007 y por la Ley 20.417 del año 2010.

⁴ Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente de 1994, modificada por medio de la Ley 20.173 de 2007 y por la Ley 20.417 del año 2010.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169, los pueblos indígenas tienen el derecho de consulta cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente⁵. Dichas consultas deberán ser realizadas por los Estados en forma previa libre e informada⁶, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias⁷, a través de procedimientos adecuados⁸, a través de las instituciones representativas⁹, y con miras a llegar a acuerdos o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas¹⁰.

El artículo 7 N°1 de Convenio 169, por otra parte, establece que además los pueblos indígenas deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

El artículo 4 del Convenio, por su parte, insta a todos los Estados a adoptar todas las medidas que sean necesarias para salvaguardar el medio ambiente de los pueblos indígenas, medidas que no pueden contrariar los deseos libremente expresados de los pueblos indígenas a través de la consulta previa, libre e informada, de lo que se colige la obligatoriedad de la consulta indígena.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones (CEARC) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha señalado reiteradamente que las bases del derecho de participación, consulta y consentimiento, libre e informado están en los preceptos antes citados. En relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales a los que deben responder los Estados signatarios del Convenio: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; e ii) incluir dis-

5 Artículo 6 N° 1, letra a), Convenio 169.

6 Artículo 7 N° 3, Convenio 169.

7 Artículo 6 N° 2, Convenio 169.

8 Artículo 6 N° 1 letra a), Convenio 169.

9 Artículo 6 N° 1 letra a), Convenio 169.

10 Artículo 6 N° 2, Convenio 169.

posiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales. Respecto a la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta, hace explícito que éstos tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas– de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes¹¹.

El Estado de Chile no ha actuado en consonancia con estas obligaciones Estado de Chile y se observa una brecha de implementación del derecho de consulta, previa, libre e informada instaurado por el Convenio 169. En efecto, el poder ejecutivo en Chile ha adoptado normas reglamentarias que limitan el alcance del derecho de consulta en el país. Este es el caso del decreto supremo núm. 124 de 2008 que regula el artículo 34 de la Ley 19.253 sobre Protección Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en adelante la Ley Indígena, reemplazado por los decretos supremos núm. 40 y 66, ambos de 2013, que regulan la consulta indígena en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y la aplicación de los artículos 6 y 7 del Convenio 169, respectivamente.

La denegación del derecho de consulta indígena en algunos casos y/o la brecha de implementación que se ha generado en aquellas situaciones en que el Estado ha aplicado los reglamentos de consulta citados en el párrafo precedente, restringiendo el alcance del derecho y omitiendo el cumplimiento de estándares internacionales en la materia, específicamente en el marco del SEIA, han derivado en el incremento de acciones judiciales ante los Tribunales Superiores de Justicia para reclamar la tutela judicial.

El recurso judicial a través del cual las organizaciones indígenas han recurrido a los Tribunales de Justicia para hacer exigible los derechos que

¹¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 76ª reunión, 2005. Observación Guatemala (párrafo 6), en OIT, *Un Manual, 2009*, pág. 59.

le confiere el Convenio 169, especialmente el de consulta previa, libre e informada y el derecho a salvaguardar la integridad de su medio ambiente, ha sido la acción cautelar de protección¹².

En este artículo analizaremos la jurisprudencia generada por las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en lo que refiere al derecho de consulta previa, libre e informada y el derecho a salvaguardar la integridad de su medio ambiente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Evaluaremos la posición jurisprudencial a la premisa que han estructurado el debate judicial y que hemos consignado *supra* (procedencia de la consulta indígena; estándares específicos definidos por el Convenio 169; e idoneidad de los instrumentos de gestión ambiental, EIA y/o DIA, para definir la susceptibilidad de afectación).

Para el análisis jurisprudencial utilizaremos como baremo de la argumentación jurídica de los jueces la interpretación fidedigna de los órganos internacionales de derechos humanos respecto de los derechos indígenas a los que se circunscribe este artículo y que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (CDH) y las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones (CEARC) de la OIT.

Este documento se estructura en cuatro capítulos. El primero de ellos corresponde a la presente introducción. En el capítulo segundo analizamos la jurisprudencia seleccionada, que corresponde a aquella en que se ha debatido la aplicación de la consulta indígena y el derecho a la integridad de su medio ambiente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El capítulo tercero contiene las reflexiones y comentarios de la autora respecto la jurisprudencia analizada. Finalmente, el capítulo cuarto corresponde a las conclusiones del presente informe.

¹² La acción constitucional de protección, recurso de protección, contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República es una acción de amparo de algunas de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 de la Constitución y su tramitación está regulada en un auto acordado adoptado por la Excelentísima Corte Suprema en

La jurisprudencia analizada en este artículo corresponde a aquella que ha sido puesta a disposición de la autora por la Dirección de Estudios Análisis y Evaluación de la Corte Suprema, pero no corresponde a la totalidad de la jurisprudencia que versa sobre la materia que trata el presente informe.

II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

I. “PISCICULTURA PALGUÍN” – COMUNIDAD ANTONIO HUENUÑANCO Y OTROS DEL SECTOR PAGUÍN

a. Identificación del criterio jurisprudencial

Magnitud de la afectación para determinar si en el caso hay una afectación significativa a los pueblos indígenas que haga exigible la obligación de consulta, aplicando los criterios que provee la legislación ambiental para ponderar la magnitud de la afectación y homologando la consulta a la participación ciudadana que contempla el SEIA.

b. Descripción de los hechos

El 18 de noviembre de 2007 se ingresó al sistema de evaluación de impacto ambiental de la IX región de La Araucanía, el proyecto denominado “Piscicultura Palguín” de la sociedad Agrícola Terratur Limitada. El proyecto pretende construir una piscicultura con una producción de 80 toneladas de salmónoides por año, que se ubicaría en el sector Palguín de la comuna de Pucón, ochocientos metros aguas arriba por el río Palguín del territorio habitado por las comunidades mapuches del sector Palguín Bajo, en la que habitan cerca de 200 familias y de la comunidad Antonio Huenuñanco en la que habitan cerca de 110 familias, que se ven directamente amenazadas por el proyecto.

Los impactos ambientales del proyecto están referidos a la eliminación de sustancias contaminantes en el cauce del río Palguín y el manejo de éstos, la eliminación de residuos sólidos a causa de la mortandad de alevines, así como también la utilización de medicamentos para el tratamiento de peces muertos, la preocupación por el hecho de que el proyecto se emplaza en una Zona de Interés Turístico (ZOIT) y la afectación al sistema de vida y costumbre de comunidades indígenas asentadas en el territorio.

c. Descripción de derecho

Las organizaciones indígenas recurrieron de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco e impugnaron la RCA que calificó favorablemente el proyecto “*Piscicultura Palguín*”¹³, argumentando que en la aprobación de éste no se hizo la consulta establecida en el artículo 6 del Convenio 169, lo que en opinión de los recurrente constituiría una violación a las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR), en particular del derecho a la vida (19 N° 1), la igualdad ante la ley (19 N° 2), la protección de la salud (19 N° 9), el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8), al ejercicio libre de cualquier actividad económica (19 N° 21) y el derecho de propiedad (19 N° 24).

115

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección¹⁴ resolviendo que se había configurado una vulneración y amenaza de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, invalidando la RCA 242/2009 que calificaba favorablemente el proyecto.

¹³ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, caratulado “Puelman Ñanco, Mariano y otro con Comisión Regional del Medio Ambiente”.

¹⁴ Sentencia pronunciada el 21 de Enero del 2010.

Dicho Recurso fue acogido en primera instancia. El tribunal *a quo* determinó que lo que corresponde jurídicamente analizar en el caso es si la autoridad incurrió en una ilegalidad o arbitrariedad al dictar la RCA en cuanto debió o no considerar el trámite de la consulta al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 y artículo 7 N°1 del Convenio 169 y en relación artículo 34 de la Ley 19.253¹⁵.

La Corte de Apelaciones, argumenta sobre la base que el Convenio es un tratado de derechos humanos plenamente vigente en Chile y que las normas sobre consulta y participación son autoejecutables, por lo que constituyen fuente de derecho interno y son obligatorias para los órganos del Estado¹⁶.

En lo que refiere a la aplicación en el caso *sub lite* del DS N° 124/2008 de MIDEPLAN, determinó que no era aplicable pues reglamentaba el artículo 34 de la ley 19.253 sobre Protección Fomento y Desarrollo de los Indígenas y no el artículo 6 del Convenio. Concluyendo que la normativa reglamentaria no puede ser invocada por el Estado para sustraerse de cumplir obligaciones impuestas por una Tratado Internacional de Derechos Humanos¹⁷.

Sobre la naturaleza jurídica del acto impugnado, correspondiente como ha sido señalado a la RCA 242/2009, la Corte de Apelaciones determinó que se trataba de una medida administrativa¹⁸.

También se pronunció sobre la susceptibilidad de afectación determinando que en el caso de un proyecto de inversión bastaba con que fuera susceptible de afectar a los pueblos indígenas, no de un modo inmediato sino que haya fundamento plausible para concluir que a consecuencia de la ejecución del proyecto sus derechos constitucionales se van a ver amenazados. En particular razona el tribunal *a quo* que las costumbres y vida diaria de las comunidades indígenas son susceptibles

¹⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, considerando cuarto.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, considerando quinto.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, considerando 6 y 7.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, considerando 8.

de afectación directa pues viven en el sector donde se pretende realizar el proyecto¹⁹.

Respecto a la igualdad ante la ley, artículo 19 N°2 de la CP, la Corte de Apelaciones de Temuco razona que la falta de consulta vulnera la igualdad material y el principio de justicia y solidaridad que impone un trato diferenciado para las comunidades indígenas por su condición de grupos socialmente vulnerables, por lo que el legislador ha establecido para ellos una discriminación positiva y autorizada por el ordenamiento, como son las consultas indígenas, de modo que concluye “[...] si su participación en materias de esta índole no es a través de la consulta se ve lesionada su igualdad ante la ley pues se le está tratando igual a la demás población y ellos deben ser tratados de forma diferente como lo señala el convenio citado”²⁰.

Respecto al derecho al medio ambiente, la Corte de Apelaciones de Temuco estima que de acuerdo a los antecedentes proporcionados en el instrumento de gestión ambiental que funda la RCA 242/200, que corresponde a una Declaración de Impacto (DIA), existe una posibilidad cierta para estimar que se ha amenazado la garantía del artículo 19 N°8, y al no haberse hecho la consulta bajo estas circunstancias la garantía ha sido vulnerada.

La Corte Suprema²¹ revocó la sentencia de primera instancia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Temuco, señalando que el mero hecho que el proyecto haya ingresado por vía DIA era suficiente para acreditar que no existía afectación significativa a las comunidades indígenas aledañas, y que por tanto no correspondía realizar una consulta²².

La Corte Suprema no recogió el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Temuco. Reitera, sin embargo, que la RCA es un acto administrativo y basándose en los artículos 6 N°1 letra a) y 7 N° 1 del Convenio 169 sostiene

¹⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, considerando 9.

²⁰ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, considerando 11.

²¹ Corte Suprema. Rol 1525-2010.

²² Sentencia de 17 de mayo del 2010.

ne la obligatoriedad de consulta a los pueblos indígenas señalando que las reglas que la establecen tienen por finalidad fundamental que las decisiones que atañen a estos pueblos no sean tomadas sin oírlos previamente²³.

Sin embargo, en lo que refiere a la susceptibilidad de afectación, la Corte Suprema pondera la magnitud de la afectación para determinar si en el caso hay una afectación significativa a los pueblos indígenas que haga exigible la obligación de consultar.

El máximo tribunal utiliza para estos efectos los criterios que provee al Ley de Bases del Medio Ambiente N° 19.300 y su reglamento DS 95/2001, estableciendo que al no concurrir las circunstancias del artículo II letra c) de la Ley 19.300²⁴ y 8 del DS 95/2001²⁵ cuestión que fue ponderada por los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, quienes determinaron que la no producirse estos efectos el proyecto requería para su evaluación ambiental de una Declaración de Impacto Ambiental y, por tanto, no es exigible la participación ciudadana²⁶.

118

La Corte Suprema homologa la consulta indígena con la participación ciudadana contemplada en el artículo 26 de la Ley 19.300, disponiendo que ésta procede sólo en los casos en que la magnitud de la afectación exige un Estudio de Impacto Ambiental para la evaluación ambiental del proyecto y, en ese caso, que se satisface con el estándar de participación ciudadana, toda vez que en opinión de la Corte Suprema la consulta indígena, como ha sido señalado *supra*, implica oír a las comunidades indígenas antes de adoptar decisiones que les atañen²⁷.

²³ Corte Suprema, Rol 1525-2010, considerando 3.

²⁴ Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, artículo 11, Ley 19300.

²⁵ A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas, se considerará el desplazamiento y reubicación de grupos humanos que habitan en el área de influencia del proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas. Se igual modo para dimensionar la alteración significativa en los sistemas de vida y costumbre de grupos humanos, se considerará el cambio producido en diversas dimensiones que caracterizan dicho sistema de vida (geográfica, demográfica, antropológica, socio – económica y bienes social), artículo 8, DS 95/2011.

²⁶ Corte Suprema. Rol 1525-2010, considerandos 6, 7, 8, 9, 10 y 11.

²⁷ Corte Suprema. Rol 1525-2010, considerandos 12, 13 y 14.

A diferencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, el máximo tribunal para dar lugar a la protección por vulneración a la garantía ambiental exige que se generen resultados perjudiciales efectivos y concretos, en los cuales se advierte una clara relación de causalidad y no bastaría con que haya fundamento plausible para concluir que habrá una amenaza al sistema de vida y costumbres de la comunidad, por lo que también desecha que se haya producido una vulneración de la garantía de protección ambiental consagrada en el artículo 19 N° 8 de la CPR²⁸.

2. “EMPRESA PESQUERA LOS FIORDOS” – COMUNIDAD INDÍGENA PEPIUKELÉN.

a. Identificación del criterio jurisprudencial

Magnitud del impacto ambiental implica que se ha afectado directamente la garantía constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. No hay pronunciamiento de la Corte Suprema respecto a la procedencia de la Consulta Indígena, salvo en el voto de minoría que la estima procedente considerando la magnitud de la afectación y la homologa a la participación ciudadana.

119

b. Descripción de los hechos

El 08 de febrero de 2010 la Empresa Pesquera Los Fiordos inició una serie de trabajos para profundizar una laguna en tierras que tienen la calidad de tierras indígenas según fue certificado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) con el fin de almacenar aguas contaminadas, poniendo en riesgo el proyecto de etnoturismo y todas las actividades espirituales que allí realiza la Comunidad Mapuche Pepiukelen y sus miembros, ya que la piscina se localiza a una distancia menor a 3 metros del terreno de propiedad de la sucesión Millaquén

²⁸ Corte Suprema. Rol 1525-2010, considerandos 15.

Care y sólo a unos 50 metros del lugar específico donde la comunidad recurrente realiza actividades culturales y espirituales.

Los impactos ambientales del proyecto están referidos al riesgo de contaminación del Río Allipén, el que ya ha sufrido contaminación como consecuencia de vertidos contaminantes que provienen de la laguna y la contaminación directa de las tierras indígenas donde se emplaza el proyecto.

c. Descripción de derecho

Las organizaciones indígenas recurrieron de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt²⁹ en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos, cuya actuación es arbitraria e ilegal por vulnerar la RCA 186/2006 que calificó ambientalmente el proyecto de producción de alimentos para salmones que ejecuta la empresa y que no contemplaba el vertido de desechos líquidos y menos de sustancias contaminantes. Se argumenta por los recurrentes que el proyecto de ampliación y profundización de la piscina para el vertido de aguas contaminadas debió ser sometido al SEIA por medio de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), toda vez que genera los efectos establecidos en el artículo II letra a) de la Ley 19.300.

Los recurrentes argumentan que en la aprobación de éste proyecto no se hizo la consulta establecida en el artículo 6 del Convenio 169, lo que en opinión de los recurrentes constituiría una violación a las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución Política de la República, del derecho a la vida (19 N° 1), la igualdad ante la ley (19 N° 2), la protección de la salud (19 N° 9), el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8) y al ejercicio libre de cualquier actividad económica (19 N° 21).

²⁹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, caratulados "Vera Millaquén con Empresa Pesquera Los Fiordos".

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió el recurso de protección resolviendo que se había configurado una vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2, al no haberse dado cumplimiento con la discriminación positiva que imponen leyes y tratados vigentes que favorece a los miembros de los pueblos indígenas, y que se manifiesta en el derecho a la consulta que contempla el artículo 6 N° 1 y 2 y artículo 7 del convenio 169 de la OIT. Además, se resuelve que se ha conculcado la garantía constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, instaurada en el artículo 19 N° 8 del texto constitucional³⁰.

El tribunal *a quo* determinó que lo que corresponde jurídicamente analizar en el caso es si existe una amenaza al derecho al medio ambiente de la comunidad indígena Pepiukelen como consecuencia de la profundización y ampliación de una piscina-laguna donde opera un sistema de decantación de aguas servidas no autorizada por la autoridad ambiental en la RCA 182/2006.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt establece que se requiere de una nueva evaluación de impacto ambiental, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 N° 1 de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente³¹. Igualmente ello es necesario conforme lo indica el artículo 2 letra d) del Reglamento (DS 95-2001)³².

El fallo confirma que el Convenio 169 está plenamente vigente en el ordenamiento interno y que las normas sobre consulta establecidas en el artículo 6 son auto ejecutables sin que requiera de ningún tipo de regulación para su implementación, asignándole al tratado rango de ley³³.

³⁰ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36 – 2010, sentencia de 27 de julio de 2010.

³¹ Esta normativa establece como actividades susceptibles de causar impacto ambiental, los trabajos de dragado, defensa o alteración significativa de cursos naturales de aguas (escurrimiento de aguas lluvias hacia un río) alterándose el ecosistema natural.

³² Se entiende por modificación de proyecto la realización de obras, acciones o medidas que introduzcan obras complementarias al proyecto o actividad que generan nuevos impactos ambientales adversos.

³³ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol N° 36 – 2010, considerando 9.

Se establece la obligatoriedad de la consulta indígena, independiente de la magnitud del impacto, determinando que ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación³⁴.

El fallo distingue entre la participación ciudadana establecida en la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente y la consulta indígena que instaura el Convenio 169, fijando los estándares específicos de esta última. La consulta, se señaladla, no es vinculante pero debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta³⁵.

La Corte de Apelaciones determina la afectación en el hecho de que las obras de drenaje y contención de aguas se emplazan en tierras indígenas, según ha sido certificado por la CONADI, pero da cuenta que independiente de esta certificación lo que define la condición de indígenas de las tierras es el artículo 13 N° 2 del Convenio 169, cuyo noción es más amplia que la establecida en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.252, comprendiendo la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o poseen, y que en este caso incluye el predio deslindate a las comunidades recurrentes donde se ejecutan actividades de “Etnoturismo” y “Fiesta Costumbrista Mapuche”³⁶.

La Corte Suprema no recogió el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt³⁷, y se limita a señalar que la actuación de la recurrida, Empresa Pesquera Los Fiordos, genera efectos importantes sobre el medio ambiente que afecta a las comunidades vecinas, lo que constituye una vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República³⁸.

³⁴ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol N° 36 – 2010, considerando 9.

³⁵ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol N° 36 – 2010, considerando 9.

³⁶ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol N° 36 – 2010, considerando 10.

³⁷ Corte Suprema, rol N°5757-2010.

³⁸ Corte Suprema, rol N°5757-2010, Sentencia de 15 de septiembre de 2010.

Los fallos de ambos tribunales ordenan la suspensión del proyecto y la obligación de la recurrida de retrotraer las cosas al estado anterior al de su obrar ilegítimo, debiendo restaurar la piscina a su estado natural.

El fallo de la Corte Suprema fue adoptado con el voto de minoría del Ministro Sr. Sergio Muñoz, quien estuvo por exigir que el proyecto ingrese al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental considerando que el proyecto genera los efectos del artículo II letra a) de la Ley 19.300 y, en base a ello, estima procedente la consulta indígena la que en el razonamiento del voto de minoría es homologable a la participación ciudadana contemplada en la legislación ambiental.

3. “SISTEMA DE CONDUCCIÓN Y DESCARGA AL MAR DE EFLUENTES TRATADOS DE PLANTA VALDIVIA” – COMUNIDADES INDÍGENAS Y PESCADORES ARTESANALES DE SECTOR MEHUÍN – BAHÍA MAIQUILLAHUE

123

a. Identificación del criterio jurisprudencial

La implementación del Convenio requiere flexibilidad, de modo que se ajuste a las condiciones propias del país, lo que a juicio del tribunal implica compatibilizar la normativa interna con las obligaciones impuestas por el Convenio. De esta forma, se sostiene que la consulta indígena en el derecho interno chileno está regulada en el artículo 34 de la Ley Indígena y en los artículos 26 y siguientes de la Ley de Bases del Medio Ambiente.

b. Descripción de los hechos

El 19 de febrero de 2009 ingresó al SEIA, el proyecto denominado “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”, cuyo titular es la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A., que pretende, la instalación y operación de un sistema de conducción terrestre y submarino, para la disposición final en el mar, mediante un difusor submarino de las aguas residuales industriales tratadas de Planta Valdivia.

Específicamente, el trazado del sistema de conducción de efluentes tratados de Planta Valdivia se desarrollaría entre la citada Planta y la Bahía Maiquillahue. El proyecto consiste en un sistema de conducción terrestre que tendrá una extensión aproximada total de 36,9 km; éste se iniciaría en un punto contiguo al sistema de tratamiento de efluentes existente en Planta de Celulosa Valdivia, atravesando la ruta 5 Sur y el Río Cruces, hasta llegar a la Ruta T-230 donde se extenderá hasta el inicio del by-pass de la ciudad de San José de la Mariquina, avanzando por esta vía hasta intersectar la Ruta T-20, emplazándose en ella hasta el cruce con la Ruta T-240, hasta un punto en el cual se desarrolla por predios particulares, indígenas y no indígenas, para posteriormente seguir hasta el estero Daulluco. Un segundo tramo del sistema de conducción terrestre se extiende desde el estero Daulluco por un tramo de la Ruta T-244, donde empalma con la Ruta T-20 hasta el sector de Bahía Maiquillahue.

124

El sistema de conducción terrestre culmina en la Bahía Maiquillahue, específicamente, en el sector de Mehuín, ubicado en el lado norte de la desembocadura del río Lingue. En este punto se conectará a un sistema de conducción submarino de 2.075 metros de extensión, que descargará las aguas residuales industriales tratadas de Planta Valdivia mediante un difusor a una profundidad de 18 metros, fuera de la Zona de Protección Litoral, eliminando en dicha bahía, cuyos recursos naturales sirven de sustento a la forma de vida de las comunidades Mapuche Lafkenche del Territorio, los residuos industriales tóxicos de la planta.

Pescadores artesanales y once comunidades lafkenches del sector de Mehuín y Missisipi presentaron un recurso de protección en contra de la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) de la Región de Los Ríos³⁹, el que impugnaba la RCA 027/2010 que calificaba favorablemente el EIA presentado por la empresa CELCO S.A. y la autorizaba para la ejecución del proyecto antes señalado.

³⁹ Corte de apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, caratulado "Javier Nahuelpan y otros C/ COREMA XIV Región".

Las ilegalidades denunciadas por las comunidades recurrentes fueron, que no se hizo la consulta en los términos del Convenio 169 de la OIT y que tampoco se consideró como impacto ambiental la dimensión antropológica, específicamente en lo que refiere al uso consuetudinario del mar que hacen estas comunidades reconocido explícitamente por la Ley 20.249 que crea los “Espacio Costero Marítimo de Pueblos Originarios” (ECMPO).

c. Descripción del Derecho

El recurso de protección argumentó que la resolución impugnada era ilegal al no haber efectuado la consulta indígena conculcaba las garantías constitucionales reconocidas en la CPR de igualdad ante la ley (19 N° 2); el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8); la libertad religiosa (19 N° 6) ya que el ducto atravesaba sitios ceremoniales; y, finalmente, el derecho a desarrollar libremente cualquiera actividad económica (19 N° 21), por la afectación a su derecho a desarrollarse de un modo compatible con su sistema de vida y costumbre.

125

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó el recurso. Para determinar el estándar de la consulta el tribunal *a quo* aplicó las normas DS N° 124/2008 de MIDEPLAN, que reglamentaba el artículo 34 de la ley indígena. Funda la aplicación de esta norma regulatoria en el artículo 34 del Convenio N° 169 que establece que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país lo que facultaría la regulación interna de la consulta acorde a las particularidades nacionales.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Valdivia desestimó también la aplicación del DS 124/2008. Argumentó que si bien el DS 124/2008 era el que regulaba la consulta, había entrado en vigencia el 25 de septiembre

de 2009 y, por tanto, no se aplicaba al proyecto en cuestión, puesto que éste fue presentado al SEIA en enero del 2009⁴⁰. Asimismo, y también argumentando en virtud del DS N° 124, señala que la consulta del Convenio se aplica a “medidas administrativas”⁴¹ y no a los “actos administrativos”⁴²; concluyendo, que siendo la RCA un “acto administrativo”, la consulta sería improcedente⁴³.

La Corte de Apelaciones de Valdivia desestimó que hubiera afectación a los usos consuetudinarios indígenas en el borde costero argumentando que no se habían constituido los ECMPO y, por tanto, dicho uso no estaba acreditado por la autoridad estatal correspondiente⁴⁴.

Específicamente respecto a la garantía ambiental y al derecho a la libertad religiosa argumenta que no está acredita la afectación mediante hechos concretos que implique vulneración de tales derechos⁴⁵.

La Corte Suprema⁴⁶ confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia referida en el párrafo precedente, pero eliminó los considerandos en donde se hacía referencia al DS N° 124. La Corte establece que se debe compatibilizar la normativa interna con las obligaciones impuestas por el Convenio 169. De esta forma, se llega a la conclusión de que la consulta del Convenio ya se encuentra incorporada a la legislación nacional a partir de las normas de Participación Ciudadana de la ley 19.300, subordinando las normas del Convenio 169 a la legislación ambiental.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, Considerando 11.

⁴¹ “Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4 del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados.”. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, Considerando 12.

⁴² “Acto administrativo es aquella manifestación de la voluntad administrativa de la administración del estado, obligatoria, imperativa, de contenido unilateral, particular, dirigida a un sujeto administrado y que tiene por objeto aplicar el ordenamiento jurídico público. También existe el concepto legal del artículo 3 de la ley 19.880: “para los efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del estado, en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.”. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, Considerando 12.

⁴³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, Considerando 12.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, Considerando 13, 14 y 15.

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 148-2010, Considerando 17 y 18.

⁴⁶ Corte Suprema. Rol: 4078-2010.

El razonamiento del tribunal discurre sobre la base de la soberanía nacional y concluye que los pueblos indígenas, al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía como ocurriría en su parecer si la consulta indígena fuera vinculante. En soporte de esta argumentación la Corte Suprema cita el artículo 5 de la Constitución y los artículos 8, 9 y II del Convenio 169, donde se establece que los derechos reconocidos en el Convenio tienen como límite los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁴⁷.

El fallo fue adoptado con un voto de minoría cuyo autor es el ministro Haroldo Brito, quien se pronunció a favor de acoger el recurso. El voto de minoría sostiene que la consulta estipulada en el Convenio 169 difiere de la participación ciudadana ambiental pues debe responder a las particularidades que ostentan los pueblos indígenas y debe ser concebida en base a dicha especificidad, para dar respuesta adecuada a los intereses indígenas y salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Precisa que la obligación de informar que es propia de la participación ciudadana en el marco del sistema de evaluación ambiental no se condice con el estándar del Convenio 169 en materia de consulta. El argumento esgrimido por el voto de minoría es que “[...] informar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas. Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente⁴⁸.

⁴⁷ Corte Suprema. Rol 4078-2010, Considerando 2 y 3.

⁴⁸ Corte Suprema. Rol 4078-2010, voto de minoría, Considerando 2.

4. “NUEVO AEROPUERTO DE LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA” – COMUNIDADES INDÍGENAS SECTOR QUEPE

a. Identificación del criterio jurisprudencial

Inaplicabilidad del **Convenio 169** a proyectos ingresados al proceso de evaluación de impacto ambiental en forma previa a su entrada en vigencia.

b. Descripción de los hechos

Un conjunto de comunidades indígenas de la comuna de Freire presentó un recurso de protección contra un decreto del Ministerio de Obras Públicas que adjudicó un contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”⁴⁹, cuyo objetivo es la construcción y operación de un nuevo aeropuerto para dicha región, emplazado precisamente en la Comuna de Freire, en territorios utilizados tradicionalmente y reivindicados por comunidades mapuches del sector, que tienen una superficie de 460 hectárea, a una distancia aproximada de 14 km al sur de la ciudad de Temuco y a unos 2 km al poniente de la plaza de peaje de Quepe, sobre la ruta 5, aeropuerto que reemplazaría al actual aeródromo Maquehue.

El proyecto se ejecuta sobre tierras que tradicionalmente han sido utilizadas por comunidades mapuche y que, como ha sido señalado, se encuentran en proceso de reivindicación. Además, existen sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena en el área de influencia del proyecto, por lo que los recurrentes estiman que procede la realización de la consulta a los pueblos indígenas que se pudiesen verse afectados por dicho proyecto, lo que no se hizo.

⁴⁹ La licitación de una obra pública se encuentra regulada en el Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, Ley de Concesiones de Obras Públicas y en el Reglamento respectivo, Decreto Supremo N° 956 de 1997.

c. Descripción del Derecho

Las comunidades afectadas presentaron un recurso de protección⁵⁰, argumentando que el proyecto vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 N° 2 de la CPR al no haberse realizado la consulta indígena que prescribe el artículo 6 del Convenio 169 y, asimismo, el artículo 19 N° 6 de la CPR al emplazarse en sitios ceremoniales indígenas.

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Temuco rechazó el recurso⁵¹, estableciendo que por medio del procedimiento de participación ciudadana que contempla la Ley 19.300, que se había realizado en el caso *sub lite*, se entendía cumplida la obligación de consulta del Convenio 169. Al igual que en el caso precedente la Corte de Apelaciones de Temuco sostiene esta decisión en lo dispuesto por el artículo 34 del Convenio 169 y los artículos I y 5 inciso I de la Constitución Política de la República e interpretan que la implementación de la consulta indígena debe ser flexible a la realidad nacional, adecuarse al ordenamiento jurídico interno y limitarse a los principios que impone la participación democrática con pleno respeto a la soberanía estatal.

La consulta concluye el tribunal *a quo*: “[...] no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, la que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido, el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental”⁵².

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1794-2010, caratulado “Reyes Alcamán, Iván y otros con Ministerio de Obras Públicas”.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1794-2010, Sentencia de 31 de Enero de 2011.

⁵² Corte Suprema, Rol 1608-2011, considerando 7.

Esta sentencia fue adoptada con el voto en contra de la Abogada Integrante Claudia Chaimovich, quién fundada en la especificidad de la consulta indígena determinó que se repitiera el procedimiento de evaluación ambiental y se efectuara la consulta conforme a los estándares fijados por el Convenio 169, los que a su juicio no son homologables con la participación ciudadana que contempla la legislación ambiental.

La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada⁵³. El razonamiento jurídico indica que la resolución impugnada, adjudicación de la obra para el “Nuevo Aeropuerto de la región de la Araucanía”, es la culminación de un proceso de licitación que se inició en el año 2006, en circunstancias que el Convenio 169 no había entrado en vigencia, por lo que no era exigible al acto administrativo que se impugna⁵⁴.

Esta resolución fue adoptada contra el voto de minoría del ministro Sr. Brito, quién se pronunció a favor de acoger el recurso esgrimiendo los mismos argumentos que sostuvo en su voto de minoría en el caso “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia” – Comunidades Indígenas y pescadores artesanales de sector Mehuín – Bahía Maiquillahue, analizado en los acápites precedente.

En efecto, el voto de minoría sostiene que la consulta estipulada en el Convenio 169 difiere de la participación ciudadana ambiental pues debe responder a las particularidades que ostentan los pueblos indígenas y debe ser concebida en base a dicha especificidad, para dar respuesta adecuada a los intereses indígenas y salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Reitera que la obligación de informar, que es propia de la participación ciudadana en el marco del sistema de evaluación ambiental, no se condice con el estándar del Convenio 169 en materia de consulta. El argumento esgrimido por el voto de minoría es que “[...] informar no constituye

53 Corte Suprema, Rol 1608-2011, Sentencia de 6 de mayo de 2011.

54 Corte Suprema, Rol 1608-2011, considerando 4, 5 y 6.

un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas”⁵⁵.

En relación a la aplicación del Convenio 169, argumenta que éste era exigible pues se encontraba vigente al momento que se dictó el acto administrativo que se impugna, el que al no considerar la consulta indígena incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos incurriendo la administración en una ilegalidad que vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley⁵⁶.

5. “ESTACIÓN DE TRANSFERENCIA DE RESIDUOS SÓLIDOS LANCO-PANGUIPULLI” – COMUNIDAD INDÍGENA PUQUIÑE

a. Identificación del criterio jurisprudencial

Exigibilidad de un EIA y de la consulta indígena, la que en el marco del SEIA está regulada en los artículos 26 y siguientes de la Ley de Bases del Medio Ambiente que establece un proceso de participación ciudadana que debe contemplar, además, los estándares del Convenio 169 cuando el proyecto o actividad es susceptible de afectar a comunidades indígenas.

b. Descripción de los hechos

La Comunidad Indígena Puquiñe, representada por su Presidenta y agricultores del sector de Lanco, presentaron un recurso de protección en contra de la COREMA de la Región de Los Ríos⁵⁷, impugnando la RCA

⁵⁵ Corte Suprema, Rol 1608 – 2011, Voto de minoría, considerando 2.

⁵⁶ Corte Suprema, Rol 1608 – 2011, Voto de minoría, considerando 3.

⁵⁷ Corte de apelaciones de Valdivia. Rol 243-2010, caratulado “*Faamelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región*”.

041/2010, que calificaba favorablemente un proyecto consistente en la construcción de una estación de transferencia de residuos sólidos domiciliarios cuya operación contempla la recepción y traslado de dichos residuos, generados en las comunas de Lanco y Panguipulli, para ser dispuestos finalmente en el futuro Relleno Sanitario de Morrumpulli, en la comuna de Valdivia, específicamente en el sector de Las Quemadas, en el kilómetro 14,8 del camino que une las localidades de Lanco y Panguipulli. El proyecto fue presentado por la Municipalidad de Lanco, mediante una DIA.

c. Descripción del Derecho

Los fundamentos jurídicos de la acción de protección es la afectación a comunidades indígenas localizadas en el área de emplazamiento del proyecto, lo que sirve de base para argumentar que la RCA que aprueba ambientalmente esta obra es ilegal porque requiere para su calificación ambiental de un EIA y, además, de la consulta indígena en los términos del artículo 6 del Convenio 169.

Estas infracciones, a juicio de los recurrentes, repercuten en la violación las garantías constitucionales del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N°8), a la igualdad ante la ley (19 N°2) y el derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1).

La COREMA, a su turno, se defendió argumentando que ninguno de los organismos sectoriales habría especificado la necesidad de exigir un EIA por la afectaciones a las comunidades indígenas, y que la consulta del artículo 6 del Convenio estaba reglamentada por el DS N° 124, lo que la hacía inaplicable en el SEIA el que está regulado por la Ley 19.300 normativa que se aplicó en el caso *sub lite*, siendo improcedente la consulta.

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso⁵⁸ y concluyó que efectivamente el proyecto de la Municipalidad de Lanco representaba una afectación tanto a la salud como al medio ambiente de las comunidades. Por ende, junto con pronunciarse respecto de la aplicabilidad de la consulta en los términos del Convenio 169, cita el artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación a la vinculación especial que tienen estos pueblos con el medio ambiente que los rodea⁵⁹. Por lo expuesto, determinó que la RCA era ilegal, invalidándola por contravenir las garantías constitucionales del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N°8) y el derecho a la vida, a la integridad física y síquica (19 N°1).

La Corte Suprema⁶⁰, confirma la sentencia invalidando la RCA, pero elimina el considerando relativo al artículo 25 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Exige la realización de EIA para la evaluación ambiental del proyecto, resolviendo que la RCA debe ser invalidada porque fue adoptada en base a una DIA. La exigencia de un EIA se funda en la circunstancia de que se trata de una actividad que podía provocar riesgo a la salud, lo que implica una vulneración al artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República⁶¹.

Respecto a la consulta indígena se remite a la participación ciudadana que contempla el SEIA y que está regulada en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300. No obstante, se explicita que al aplicar este procedimiento a los pueblos indígenas la autoridad ambiental debe contemplar además los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales⁶².

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Valdivia Rol 243-2010, Sentencia de 5 de agosto de 2010.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Valdivia Rol 243-2010, considerando 4.

⁶⁰ Corte Suprema. Rol: 6062-2010.

⁶¹ Corte Suprema Rol: 6062-2010, Sentencia de 4 de Enero de 2011.

⁶² Corte Suprema Rol: 6062-2010, considerando 3°.

6. “ACTUALIZACIÓN PLAN REGULADOR SAN PEDRO DE ATACAMA” – COMUNIDAD INDÍGENA DE TOCONAO Y CONSEJO DE PUEBLOS ATACAMEÑOS

a. Identificación del criterio jurisprudencial

Exigibilidad de la consulta indígena conforme a los estándares que provee el Convenio 169. Esto es, respetando la especificidad cultural de los pueblos originarios, de modo que el proceso de consulta sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. Se explicita que las reuniones informativas o de socialización instauradas en la legislación sectorial no constituyen consulta, por cuanto los afectados no tienen posibilidades reales de influir en la toma de las decisiones que les afectan. Se sostiene que la consulta y la participación de organizaciones representativas indígenas es obligatoria y debe instaurarse mediante procedimientos que permitan llegar a entendimiento a través de un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.

134

b. Descripción de los hechos

La acción cautelar fue presentado por las comunidades atacameñas de Toconao, Socaire y el Consejo de Pueblos Atacameños, y tuvo por objeto impugnar la aprobación inconsulta de modificación al Plan Regulador de San Pedro de Atacama, reclamando además que debió ser evaluado ambientalmente con un EIA y no por una DIA.

Argumentan que el proyecto afecta a poblaciones, recursos y áreas protegidas, circunstancias que no se encuentran cuestionadas por la autoridad ambiental, pues es innegable el asentamiento de comunidades indígenas atacameñas en los terrenos que se pretenden intervenir, de tratarse de un área declarada zona o centro de interés turístico nacional y la existencia de monumentos históricos y zonas típicas ubicadas dentro del área de influencia del proyecto.

c. Descripción del Derecho

La acción cautelar impugna la Resolución Exenta N° 275/2010 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, que calificó favorablemente el proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”. Se sostienen por los recurrentes que dicha decisión es ilegal y arbitraria por cuanto no se realizó la consulta a las comunidades indígenas y el proyecto fue aprobado con una DIA en circunstancias que requería un EIA de conformidad al artículo II de la Ley N° 19.300, de modo que se vulneraron las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 2, 8 y 24 de la CPR, relativos al derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, respectivamente.

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Antofagasta⁶³ rechazó el recurso argumentando, por un lado, que la COREMA había realizado instancias de sociabilización entre las comunidades, por lo que entendía cumplido el deber de consulta del artículo 6 del Convenio 169. Por otro lado, argumentó que la autoridad ambiental determinó que no había afectación que hiciese necesario un EIA, de acuerdo a lo establecido por la ley ambiental⁶⁴.

La Corte Suprema⁶⁵ revocó la sentencia de primera instancia, invalidando la RCA que otorgó calificación ambiental a la modificación del Plan Regulador de San Pedro, estimando que era ilegal por falta de consulta, lo que constituye una vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley⁶⁶. Específica, además, que se debe realizar un EIA y que la participación ciudadana deberá ajustarse a los términos

⁶³ Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 782-2010, caratulado “Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños Con Comisión Regional Del Medio Ambiente Región Antofagasta”.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 782-2010, Sentencia 4 de agosto de 2010.

⁶⁵ Corte Suprema Rol 258 – 2011.

⁶⁶ Corte Suprema Rol 258 – 2011, Sentencia 13 de julio de 2011.

del Convenio 169. Asimismo, dicha sentencia determina los estándares del derecho a la consulta indígena conforme a los criterios que provee el Convenio 169.

En primer lugar se pronuncia sobre la especificidad cultural de la consulta indígena, explicitando que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. Afirma que el derecho a consulta es un mecanismo de participación que les asegura a los Pueblos Indígenas el ejercicio del derecho esencial de todos los integrantes de la comunidad nacional de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible⁶⁷.

Argumenta que la mera entrega de información, como son las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el artículo 2.1.II de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha. Dicho mecanismo no constituye consulta, por cuanto los afectados no tienen posibilidades reales de influir en la toma de las decisiones que les afectan, en particular en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, con miras a la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad, debiendo para ello atender a elementos de análisis propios de la realidad indígena, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones⁶⁸.

Es la opinión de la Corte que no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, y aclara que el artículo 4° del Convenio previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que per-

67 Corte Suprema Rol 258 – 2011, considerando 5.

68 Corte Suprema Rol 258 – 2011, considerando 8.

mita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos⁶⁹.

Además, concluye que la RCA impugnada es ilegal en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un EIA, que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana y quedará ajustarse, además, a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho de consulta indígena que se reclama⁷⁰.

Finalmente, se resuelve que la RCA impugnada es ilegal y arbitraria ya que incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. En consecuencia vulnera la garantía de igualdad ante la ley que contempla el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política⁷¹.

7. “SONDAJE PROSPECCIÓN PAGUANTA” – COMUNIDADES INDÍGENAS DE LA QUEBRADA DE TARAPACÁ

137

a. Identificación del criterio jurisprudencial

Exigibilidad de la consulta indígena conforme a los estándares que provee el Convenio 169⁷².

b. Descripción de los hechos

La acción cautelar fue interpuesta por el Consejero del Área de Desarrollo Indígena Jiwá Orage Sr. Marcelo Condore, en representación de comuneros de la Quebrada de Tarapacá, en contra de la Comisión de Evaluación de la I Región de Tarapacá, que calificó favorablemente el

⁶⁹ Corte Suprema Rol 258 – 2011, considerando 7.

⁷⁰ Corte Suprema Rol 258 – 2011, considerando 9 y 10.

⁷¹ Corte Suprema Rol 258 – 2011, considerando 9.

⁷² Véase caso Plan Regulador San Pedro de Atacama (párrafo 2.6.1 *supra*).

proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, emplazado en el Área de Desarrollo Indígena “JiwasaOrage”, el que genera una seria afectación al sistema de vida de las comunidades aymara que habitan en el territorio. Por medio del referido recurso se impugna la aprobación inconsulta de la RCA del proyecto, reclamando además que su calificación ambiental debió hacerse a través de un EIA y no por una DIA.

c. Descripción del Derecho

La acción cautelar impugna la Resolución Exenta N° 0081/2011, que calificó favorablemente el Proyecto “Sondaje Prospección Paguanta”, que afectaría el derecho a la igualdad ante la ley (19 N° 2) y el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación (19 N° 8).

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Iquique⁷³ acogió el recurso, replicando los argumentos esgrimidos en la sentencia del caso del Plan Regulador de San Pedro de Atacama⁷⁴. Dicha Sentencia fue ratificada por la Corte Suprema⁷⁵, en los mismos términos consignado supra⁷⁶.

138

8. “PARQUE EÓLICO CHILOÉ” – COMUNIDAD MAPUCHE-HUILICHE ANTULAFQUEN DE HUENTETIQUE

a. Identificación del criterio jurisprudencial

Exigibilidad de la consulta indígena conforme a los estándares que provee el Convenio 169⁷⁷.

⁷³ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol 472-2011, caratulado “Marcelo Condore Vilca, Consejero territorial Alto Tarapacá y otros contra directora Servicio de Evaluación Ambiental primera región de Tarapacá”.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Iquique Rol 472-2011, Sentencia 8 de noviembre de 2011.

⁷⁵ Corte Suprema. Rol 11.040-2011.

⁷⁶ Corte Suprema Rol 11.040-2011, véase considerandos 5 y 10. Sentencia 30 de marzo de 2012.

⁷⁷ Véase caso Plan Regulador San Pedro de Atacama (párrafo 2.6.1 *supra*).

b. Descripción de los hechos

Acción cautelar presentada por la Comunidad mapuche–huilliche AntuLafquen de Huentetique, quien interpuso un recurso de protección⁷⁸ en contra de la COREMA Región de los Lagos por la RCA que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé”, proyecto que afecta a poblaciones, recursos y áreas protegidas, ya que los terrenos que se pretenden intervenir se encuentran próximos al asentamiento de comunidades indígenas Huilliche, área declarada además zona o centro de interés turístico nacional, y con existencia de monumentos históricos y zonas típicas ubicadas dentro del área de influencia del proyecto. Todos estos elementos son suficientes para que el proyecto fuese evaluado por vía de EIA, y no DIA, cómo lo fue en definitiva. Debiendo también, producto de las afectaciones que genera el proyecto para el pueblo Huilliche, someter la RCA del proyecto a un proceso de consulta en los términos del Convenio 169 de la OIT.

c. Descripción del Derecho

La acción cautelar impugna la Resolución Exenta N° 373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, que calificó favorablemente el proyecto “Parque Eólico Chiloé”. En concepto de la entidad que recurre Comunidad Indígena AntuLafquen de Huentetique, dicha decisión es ilegal y arbitraria por cuanto el proyecto en cuestión debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de un Estudio de Impacto Ambiental de conformidad al artículo 11 de la Ley N° 19.300, y al no haberse dispuesto así por la referida autoridad, se afectarían las garantías constitucionales contempladas en los numerales 2 y 21 del artículo 19 de la CPR.

⁷⁸ Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol239-2011, caratulado “Comunidad Indígena AntuLafquen de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Lagos”.

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt acogió el recurso en términos bastante similares a los establecidos en el caso “Plan Regulador de San Pedro de Atacama” y “Sondeos de Prospección Minera Paguanta”, analizados *supra*⁷⁹. Dicha Sentencia fue ratificada por la Corte Suprema⁸⁰, en iguales términos, analizados *supra*⁸¹.

9. “AMPLIACIÓN PLANTA DE SECADO Y COMPACTADO DE CLORURO DE POTASIO” – COMUNIDAD DE PEINE Y SOCAIRE Y CONSEJO DE PUEBLOS ATACAMEÑOS.

a. Identificación del criterio jurisprudencial

Improcedencia de la consulta indígena al no verificarse la hipótesis afectación contemplada en el artículo 7° del Convenio 169 que se configuraría cuando los pueblos indígenas ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural⁸².

b. Descripción de los hechos

La acción cautelar fue presentada por las comunidades atacameñas de Peine y Socaire y por la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños⁸³ y tiene por objeto impugnar la Resolución Exenta N° 154/2013, de fecha 20 de junio de 2013, dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental de Antofagasta que califica favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de

⁷⁹ Corte de Apelaciones, Rol 239-2011, Sentencia 11 de octubre de 2011.

⁸⁰ Corte Suprema. Rol 10.090-2011.

⁸¹ Corte Suprema Rol 10.090-2011., Véase considerando 5 y 9, sentencia 22 de marzo 2012.

⁸² Véase caso Plan Regulador San Pedro de Atacama (párrafo 2.6.1 *supra*).

⁸³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1097 – 2013, caratulados “Rolando Humire con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta”.

Cloruro de Potasio”, presentado por SQM S.A., el cual contempla casi doblar su producción de cloruro de potasio, mediante nuevas piolas de acopio y secado, lo que en opinión de los recurrentes afectaría directamente su territorio ancestral y sus recursos protegidos en el Área de Desarrollo Indígena Atacama La Grande, reconocido, entre otras normas, por el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley Indígena, sin siquiera ser informados por los representantes del titular del proyecto que visitan habitualmente su comunidad, ni consultados por las autoridades ambientales competentes.

c. Descripción del Derecho

Se cuestiona que este proyecto debió ingresar al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental y no mediante una DIA; por cuanto generaría efectos adversos, de aquellos establecidos en las letras b), c), d), e) y f) del artículo II de la Ley 19.300; exigencia que refuerzan en razón de la naturaleza del bien jurídico protegido, a saber, áreas y recursos atacameños protegidos.

Además, exponen que el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Estado de Chile en septiembre de 2008, obliga a éste a consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Argumentan los recurrentes que el acto que se impugna no sólo es susceptible de afectar directamente al pueblo atacameño, sino que en la actualidad lo afecta en forma concreta; pues se emplaza dentro del Área de Desarrollo Indígena Atacama La Grande, delimitada en el Decreto Supremo N° 70, de 1997 y que comprende toda la comuna que habitan; interviene parte de su territorio ancestral; y explota aguas de las comunidades recurrentes; agregando que también es una Zona de Interés Turístico, con aguas y tierras patrimoniales que pertenecen y se encuentran en posesión de dichas comunidades, ya sea mancomunadamente o de manera individual.

Se sostiene por los recurrentes que la RCA 154/2013, desde que éste proyecto no fue objeto de un Estudio de Impacto Ambiental, y por otra

parte, se ha omitido realizar una consulta previa indígena en los términos establecidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo que priva, perturba y amenaza en su legítimo ejercicio de los derechos fundamentales garantizados en el artículo 19 numerales 2, 8 y 24 de la CPR, relativos al derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, respectivamente.

d. Descripción de la decisión adoptada

La Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el recurso⁸⁴ y determinó que la circunstancia de haberse aprobado la modificación del proyecto mediante una DIA, no obstante encontrarse éste en uno de los casos contemplados en el artículo II de la Ley 19.300, impide efectuar un EIA, procedimiento en que los Pueblos Originarios afectados pueden ser oídos, vulnerándose el derecho de igualdad ante la ley, al impedirles manifestar su opinión en un caso en que a la ley expresamente lo dispone, lo que en definitiva se traduce en que la resolución impugnada se torna en arbitraria⁸⁵.

La Corte Suprema revocó la sentencia y rechazó el recurso de protección razonando⁸⁶, en primer lugar, que el recurso de protección es una acción cautelar que busca la adopción de medidas de resguardo de carácter urgente frente a un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe el ejercicio de ciertas garantías reconocidas en el texto constitucional, conforme lo dispone el artículo 20 de la CPR⁸⁷.

El máximo tribunal se pronuncia sobre el fondo del recurso fundado en el artículo 20 inciso 1° de la CPR, pero hace explícito que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribu-

⁸⁴ Corte de Apelaciones Rol N° 1097 – 2013, Sentencia de 3 de diciembre de 2013.

⁸⁵ Corte de Apelaciones Rol N° 1097 – 2013, considerando 10.

⁸⁶ Corte Suprema, Rol N° 16.817-2013.

⁸⁷ Corte Suprema Rol N° 16.817-2013, considerando 1.

nales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental⁸⁸.

En lo que refiere a la vulneración de la garantía de protección ambiental consagrada en el artículo 19 N° 8, establece que el recurso de protección no procede en caso de actuación arbitraria de la autoridad, sino que en el evento de actos ilegales, restringiendo el análisis jurídico únicamente a determinar la legalidad del acto u omisión denunciado⁸⁹.

Es la opinión de la Corte Suprema que en el caso se evaluaron los efectos acumulativos del proyecto original y su ampliación, por lo que concluye: “[...] el obrar de la recurrida, en orden a no exigir respecto del emprendimiento “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” un Estudio de Impacto Ambiental, por no estimarlo procedente, se ajusta a derecho en cuanto se trata de una decisión adoptada por la autoridad competente, en ejercicio de sus facultades, sobre parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico y, por ende, no puede ser considerado ilegal por dicha razón”⁹⁰.

En base al informe de los organismos técnicos, en particular, al informe de CONADI evacuado durante el proceso de evaluación ambiental indica que no existen antecedentes ciertos y efectivos que permitan establecer que ha existido alteración de las aguas y tierras atacameñas, antecedentes que en opinión de esta Corte permite desvirtuar las alegaciones planteadas por los recurrentes y estimar que el proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” no requería de un Estudio de Impacto Ambiental, por no concurrir a su respecto ninguno de los presupuestos exigidos por el artículo citado en la consideración que antecede⁹¹.

⁸⁸ Corte Suprema Rol N° 16.817-2013, considerando 2.

⁸⁹ Corte Suprema Rol N° 16.817-2013, considerando 3.

⁹⁰ Corte Suprema Rol N° 16.817-2013, considerando 13.

⁹¹ Corte Suprema Rol N° 16.817-2013, considerando 15.

Finalmente rechaza la procedencia de la consulta indígena pues en opinión de la Corte Suprema no se verifica la hipótesis que hace procedente la consulta a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, afectación que en opinión de la Corte, la que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del Convenio 169, se produciría a juicio de los juzgadores cuando se ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, situación que no se habría constatado en el caso⁹².

III. REFLEXIONES Y COMENTARIOS DEL AUTOR ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

144

El análisis de la jurisprudencia, evidencia una tendencia inicial a homologar la consulta indígena con el procedimiento de participación ciudadana que contempla la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente y sus posteriores modificaciones, regulada en los artículos 26 y siguientes de dicho texto legal. Este criterio jurisprudencial se observa de modo muy claro en los casos analizados en los acápite 2.1 y 2.3⁹³.

El criterio se explicita en el caso “Piscicultura Palguín” - Comunidad Antonio Huenuñanco y otros del sector Paguín, donde la Corte Suprema aplicó la legislación ambiental y, conforme a ello, desechó la consulta, argumentando que la misma circunstancia que el proyecto hubiera ingresado al SEIA por medio de una DIA permite concluir que el mismo no es susceptible de afectar a las comunidades indígenas aledañas al proyecto, puesto que no hay una afectación significativa a éstas. Conforme a este

⁹² Corte Suprema Rol N° 16.817-2013, Sentencia 22 de mayo de 2014.

⁹³ “Piscicultura Palguín” – Comunidad Antonio Huenuñanco y otros del sector Paguín “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia” – Comunidades Indígenas y pescadores artesanales de sector Mehuín – Bahía Maiquillahue.

criterio, sólo cabría consulta indígena en el caso que se cumpliera los supuestos que de acuerdo a la legislación ambiental hacen exigible un EIA y, cuando así procediere, cabría la consulta indígena en los términos establecidos en los artículos 26 y siguientes de la Ley de Bases del Medio Ambiente, homologando como ha sido señalado y reiteramos la consulta previa libre e informada, a la participación ciudadana ambiental.

En el caso “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia” – Comunidades Indígenas y pescadores artesanales de sector Mehuín – Bahía Maiquillahue, se estableció que la implementación del Convenio requiere flexibilidad, de modo que se ajuste a las condiciones propias del país, lo que a juicio del tribunal implica compatibilizar la normativa interna con las obligaciones impuestas por el Convenio. De esta forma, se sostiene que la consulta indígena en el derecho interno chileno está regulada en el artículo 34 de la Ley Indígena y en los artículos 26 y siguientes de la Ley de Bases del Medio Ambiente y correspondería a un proceso meramente informativo y no deliberativo como exige el Convenio 169.

145

En el caso “Empresa Pesquera Los Fiordos” – Comunidad Indígena Pepiukelen, analizado en el acápite 2.2, la Corte Suprema sigue aplicando la legislación ambiental por sobre la normativa del Convenio 169. En dicho caso, se ponderó el riesgo cierto de daño ambiental y la afectación significativa del proyecto al medio ambiente indígena. En base a ello, el máximo tribunal determinó que se afectaba directamente la garantía constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Como ya consignamos y reiteramos en el acápite donde se sintetizó la argumentación jurídica en este caso, acápite 2.2, no hay pronunciamiento de la Corte Suprema respecto a la procedencia de la Consulta Indígena, salvo en el voto de minoría del Ministro Sr. Muñoz que la estima procedente considerando la magnitud de la afectación, exige la elaboración de un EIA y la homologa a la participación ciudadana, en similares términos al criterio jurisprudencial consignado en los acápites 2.1 y 2.3, antes analizados.

Este razonamiento consignado en los fallos citados en los párrafos precedentes vulnera los estándares internacionales, en particular el de consulta previa, libre e informada, la exigencia de un procedimiento apropiado y la condición de consultar cada vez que se produzca una susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas, independiente de cual sea la magnitud de dicha afectación.

Con respecto a la determinación de procedimientos apropiados, los órganos de control de la OIT han señalado que:

La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión —con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteada— de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes⁹⁴.

146

Como se observa este criterio difiere del razonamiento de la Corte Suprema, pues la flexibilidad a la que se refiere el Convenio en materia de consulta es precisamente la exigencia de que el procedimiento en cuestión se adecúe a las particularidades culturales de los pueblos indígenas y responda a la especificidad que debe tener el procedimiento de consulta para salvaguardar los derechos e intereses indígenas y permitir que estos incidan en la tomas de decisiones.

Sobre el carácter previo de la consulta se dispone que el Estado tiene: “...el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente (...) de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible”⁹⁵.

⁹⁴ *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. OIT, 2009, Ginebra. Disponible en línea: www.indigenas.oit.or.cr/conten.htm [consultada el 29 de diciembre de 2014]. pág. 61.

⁹⁵ Caso del Pueblo Saramaka con Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 17.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha especificado que obligación estatal acorde a estos lineamientos implica el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dichas comunidades según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes⁹⁶.

Esta misma instancia ha señalado, además, que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo, de modo que sea un verdadero instrumento de participación. El objetivo último es establecer un diálogo entre las partes basado en la confianza y el respeto mutuo, con miras a alcanzar un consenso y precaviendo cualquier tipo de coerción o cohecho contra la representación indígena por parte del Estado o de terceros con la anuencia de éste. Debiendo consultarse con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones. Se entiende que hay mala fe de parte del Estado y sus instituciones si no aplica estos estándares y, específicamente, en el caso que haya intentos de desintegración de la cohesión social de la comunidad. La representación indígena corresponde a las organizaciones que determinen los mismos pueblos indígenas, de acuerdo a procesos internos de auto identificación y acorde a sus sistemas tradicionales y no a través de estructuras impuestas por el Estado. La Corte IDH dispone que si surgiera algún conflicto interno entre los miembros de los Pueblos Indígenas con ocasión de la implementación de un proceso de consulta, éste debe ser resuelto por los miembros de los pueblos involucrados, de conformidad con sus propias costumbres, es decir por sus normas tradicionales, y no por el Estado o instancias judiciales (nacionales o internacionales)⁹⁷. Estas exigencias hacen parte además del estándar que impone que la consulta sea adecuada y accesible⁹⁸.

⁹⁶ Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrs. 208 – 211.

⁹⁷ Caso del Pueblo Saramaka con Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 26. Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrs. 185-200.

⁹⁸ Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrs. 201-203.

Conforme a este criterio, cabría desechar el razonamiento judicial que homologa un proceso de consulta deliberativo como es la consulta indígena con una consulta de tipo meramente informativo como es el de participación ciudadana que regula la legislación ambiental chilena. En particular, se debe desestimar el razonamiento del tribunal, en particular, en el caso “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia” – Comunidades Indígenas y pescadores artesanales de sector Mehuín – Bahía Maiquillahue, donde argumentando en base a la soberanía nacional, concluye que aspirar a un tipo de consulta específica para los pueblos indígenas de tipo vinculante implicaría conferirle potestades públicas reservadas por mandato constitucional a los órganos del Estado. Se cita como soporte de esta argumentación, el artículo 5 de la CPR y las normas del artículo 8, 9 y 11 del Convenio 169. No cita el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, conforme al cual el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana e impone a los órganos del Estado el deber de respetar y promover tales derechos, garantizados por la misma Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como es el caso de las normas que consagran el derechos de consulta indígena (6 y 7 Convenio 169) y la protección del medio ambiente indígena (4 Convenio 169), de modo tal que el Estado está conminado a respetar estos derechos humanos, derechos que son indisponibles para el legislador y el constituyente.

Como se ha señalado, el artículo 5 inciso 2 de la carta fundamental limita el ejercicio de la soberanía, configurando un bloque de constitucionalidad, que impone un límite negativo al actuar de los poderes públicos (Nogueira, 2002; Ruiz Tagle, 2001; Cumplido, 1996; Pfeffer, et. al, 2005; Zuñiga, 2005; Nash, 2003 y 2008) y, al mismo tiempo, un deber positivo de promoción.

Sobre el deber positivo de promoción que pesa sobre todos los órganos del Estado se ha pronunciado la Corte Suprema, la que ha aseverado que el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución contiene un deber de pro-

moción que constituye un imperativo de transitar siempre “un camino que no afecte la dignidad ni los derechos fundamentales”⁹⁹.

Este estatuto especial que confiere la Constitución a los tratados internacionales de derechos humanos, permite afirmar que las normas jurídicas de cualquier nivel o naturaleza que se contrapongan a este instrumento quedan derogadas desde el momento en que el tratado es incorporado al ordenamiento jurídico interno, es decir ha sido ratificado y se encuentra vigente en el país (Meza-Lopehandía, 2011: 5).

Así lo ha resuelto expresamente la Corte Suprema, haciendo suya la siguiente doctrina; “desde el momento en que rige un tratado, se incorpora su contenido al ordenamiento jurídico interno y se deroga toda norma jurídica de cualquier nivel o naturaleza incompatible con lo estipulado en él”¹⁰⁰.

Por lo expuesto, se deduce que no corresponde aplicar como ocurrió en los casos *sub lite* las normas de consulta de la legislación indígena y ambiental, en cuanto se oponen a los estándares establecidos en el Convenio 169.

Además, las normas que el fallo cita del Convenio 169 no aplican a la cuestión debatida, sobre la supremacía del instrumento internación respecto a la legislación interna en materia de consulta. Estos preceptos, artículos 8, 9 y 11 del Convenio 169, lo que hacen es limitar la aplicación de la costumbre indígena, de modo de que se respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente.

Respecto a la oportunidad de la consulta, hay consenso que ésta debe llevarse a cabo en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de

⁹⁹ Corte Suprema, caso *Machi Francisca Linconao con Sociedad Palermo Ltda.*, Rol N° 7287 – 2009, confirmando sentencia de la Corte Suprema de Temuco, Rol N° 1773 – 2008, considerando 3°.

¹⁰⁰ Revista Fallos del Mes N° 446, Sección Criminal, p. 2066, considerando 4°, citado en NOGUEIRA, (2000), p. 265. Corte Suprema, caso contra Zapata y Romo, Rol N° 3452 – 2006, considerando 73.

la comunidad al plan o proyecto que se pretende implementar¹⁰¹. Implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, y en todo caso antes de tomar la medida o realizar el proyecto susceptible de afectar el interés indígena¹⁰².

Es importante resaltar que la Corte IDH ha exigido la realización de estudios de impacto ambiental, social y de derechos humanos, para determinar los impactos de un proyecto de desarrollo o inversión y, al mismo tiempo, como salvaguarda de los derechos indígenas comprometidos¹⁰³. Se ha exigido entonces Estudios de Impactos Ambiental y Social que permitan evaluar de forma imparcial los impactos que de un modo independiente y/o acumulativo generan estos proyectos de desarrollo o inversión y cómo interfieren o niegan el disfrute efectivo de los derechos indígenas sobre sus tierras tradicionales, territorios y recursos, para lo cual exige además un Estudio de Impacto de Derechos Humanos¹⁰⁴.

Acorde a estos lineamientos, la Corte IDH ha desarrollado los siguientes estándares de consulta:

- El carácter previo de la consulta;
- La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo;
- La consulta adecuada y accesible;
- El estudio de impacto ambiental, y
- La consulta informada.

En lo que refiere a la magnitud de la afectación, cabe precisar que ésta configura la hipótesis de consentimiento previo, libre e informado y no de consulta, la que como ha sido señalado procede cada vez que se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar a los

¹⁰¹ *Caso del Pueblo Saramaka con Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 30. Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párr. 180.*

¹⁰² *Ibid.*, párr. 181.

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 204-207.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 204-207.

pueblos indígenas, no siendo óbice a la consulta –como se ha argumentado en los fallos analizados– la magnitud de la afectación. La Corte IDH ha enfatizado que cuando se trata de planes de desarrollo o inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales indígenas, el Estado no sólo tiene la obligación de consultar, sino también de obtener el consentimiento previo, libre e informado, acorde a la costumbre y las tradiciones de estos pueblos¹⁰⁵, caso en el que es relevante la premisa de la magnitud de la afectación.

El Comité de Derechos Humanos, por su parte, ha determinado que la falta de consulta, estudios de impacto ambiental, medidas para minimizar impactos e imposibilidad de seguir con las actividades tradicionales indígenas compromete de manera sustantiva el modo de vida y la cultura, lo que vulnera el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁶. En el caso de que las actividades económicas indígenas u otras de valor cultural que realizan estas comunidades pudieran verse comprometidas por un proyecto de desarrollo o inversión sobre recursos naturales en sus territorios, tomando los parámetros de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, el Comité ha determinado que requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad¹⁰⁷.

Parece claro que estos fallos analizados en los acápites 2.1 y 2.3 no se ajustan a los estándares internacionales. Sin embargo, es importante consignar que la Corte de Apelaciones de Temuco en el caso “Piscicultura Palguín” – Comunidad Antonio Huenuñanco y otros del sector Palguín, analizado en el acápite 2.1, si se ajustó a dichos estándares y determinó la aplicación del Convenio 169 por sobre la legislación ambiental y la ley Indígena y su normativa reglamentaria en materia de consulta configurada por el DS 124/2008¹⁰⁸. Estableció que la consulta procedía

¹⁰⁵ Caso del Pueblo Saramaka con Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 17.

¹⁰⁶ Caso *Angela Poma Poma con Perú*, Com. N° 1457/2006, dictamen de 24/04/2009; párrs 7.4; 7.5; 7.6; y 7.7.

¹⁰⁷ Caso *Angela Poma Poma con Perú*, Com. N° 1457/2006, dictamen de 24/04/2009; párrs 7.4; 7.5; 7.6; y 7.7.

¹⁰⁸ La OIT ha señalado expresamente que dicho Reglamento no se ajusta a los estándares del Convenio 169 y ha requerido su derogación. En el año 2012 la OIT instó al Estado de Chile a este respecto: “La Comisión invita al

en el evento de que un proyecto de inversión tuviera la susceptibilidad de afectar a los pueblos indígenas sin que sea necesario que ello ocurra de un modo inmediato y que la consulta indígena implica un trato diferenciado para las comunidades indígenas por su condición de grupos socialmente vulnerables, lo que permite efectivizar respecto de este sector de la sociedad el principio de igualdad de trato.

Por otra parte, es importante consignar que ya en el voto de minoría del caso “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia” – Comunidades Indígenas y pescadores artesanales del sector Mehuín – Bahía Maiquillahue el Ministro Sr. Brito aplica estrictamente el estándar internacional en materia de consulta, previa, libre e informada a los pueblos indígenas consignado *supra* y se establece que la consulta indígena tiene estándares específicos que la diferencian de la participación ciudadana ambiental, precisando que debe ser implementada acorde a la especificidad cultural indígena. Acertadamente el voto de minoría aclara que la particularidad de la consulta que contempla el Convenio 169 es que no es informativa, sino deliberativa y por tanto busca conferir a los pueblos indígenas la posibilidad de incidir en la decisión, de buena fe, con la intención de llegar a acuerdo, de abandonar posiciones propias y arribar a otras, que puedan ser consensuadas en el proceso de consulta. Cabe señalar que el Ministro Brito ha sido consistente en la mantención de su voto de minoría el que finalmente se logra traducir en la posición jurisprudencial de la Corte Suprema en varios fallos, según veremos *infra*¹⁰⁹.

152

Gobierno a incluir en su próxima memoria indicaciones sobre los resultados de los esfuerzos realizados para adoptar una normativa consensuada que reemplace el decreto supremo núm. 124. La Comisión espera que la nueva normativa asegure la efectiva participación de los pueblos indígenas en las decisiones susceptibles de afectarles directamente y el pleno efecto de las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 7, 15 y 16 del Convenio. La Comisión invita al Gobierno a agregar en su próxima memoria informaciones detalladas sobre el impacto que tienen las consultas en curso para garantizar la participación de los pueblos interesados en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas susceptibles de afectarles directamente. Sírvase incluir indicaciones sobre los recursos presupuestarios de los que disponen el Estado y las regiones para garantizar la participación de los pueblos indígenas en los programas de desarrollo y en las otras medidas previstas en el artículo 7.” AYLWIN et. AI (2014) s. p.

¹⁰⁹ “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli” – Comunidad Indígena Puquiñe; “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama” – Comunidad Indígena de Toconao y Consejo de Pueblos Atacameños; “Sondaje Prospección Paguanta” – Comunidades Indígenas de la Quebrada de Tarapacá; “Parque Eólico Chilóé” – Comunidad mapuche – huilliche AntuLafquen de Huentetique.

En el caso correspondiente al proyecto “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía” - Comunidades Indígenas sector Quepe, se determinó la inaplicabilidad del Convenio 169 a proyectos ingresados al proceso de evaluación de impacto ambiental en forma previa a su entrada en vigencia. Esta jurisprudencia implica un retroceso respecto de los casos antes analizados en donde no se acogió esta argumentación, concurriendo las mismas circunstancias fácticas. Este fallo fue adoptado con el voto de minoría del Ministro Brito, quién mantiene sus planteamientos antes reseñado pero adiciona sobre la inaplicabilidad del Convenio 169 que este era exigible pues se encontraba vigente al momento en que se dictó el acto administrativo que se impugna.

El vuelco jurisprudencial se da en los casos “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli” – Comunidad Indígena Puquiñe, “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama” – Comunidad Indígena de Toconao y Consejo de Pueblos Atacameños, “Sondaje Prospección Paguanta” – Comunidades Indígenas de la Quebrada de Tarapacá y “Parque Eólico Chiloé” – Comunidad mapuche– huilliche AntuLafquen de Huentetique, analizados en los acápite 2.5, 2.6, 2.7 y 2.8.

153

En estos casos la Corte Suprema determina la exigibilidad de un EIA, pues todos estos proyectos habían ingresado al SEIA como DIA. Hace exigible, además, la consulta indígena, disponiendo que en el marco del SEIA la participación ciudadana regulada en los artículos 26 y siguientes de la Ley de Bases del Medio Ambiente se adecúe a los estándares del Convenio 169 cuando el proyecto o actividad es susceptible de afectar a comunidades indígenas.

De esta jurisprudencia la más relevante corresponde a la sentada en el caso proyecto “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama” – Comunidad Indígena de Toconao y Consejo de Pueblos Atacameños, que se pronuncia sobre los estándares que provee el Convenio 169 y a los que debe ajustarse la consulta indígena en el SEIA. Esto es, respetando la especificidad cultural de los pueblos originarios, de modo que el proceso de consulta sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella para salvaguardar las personas, las instituciones, los

bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados. Se explicita que las reuniones informativas o de socialización instauradas en la legislación sectorial no constituyen consulta, por cuanto los afectados no tienen posibilidades reales de influir en la toma de las decisiones que les afectan. Se sostiene que la consulta y la participación de organizaciones representativas indígenas es obligatoria y debe instaurarse mediante procedimientos que permitan llegar a entendimiento a través de un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.

El caso de “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” – Comunidad de Peine y Socaire y Consejo de Pueblos Atacameños, significa un retroceso en la jurisprudencia chilena en materia de consulta que comenzaba a consolidar un estándar compatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile. La Corte Suprema, en este caso, determinó la improcedencia de la consulta indígena al no verificarse la hipótesis de afectación contemplada en el artículo 7° del Convenio 169, que en opinión de los juzgadores se configuraría cuando los pueblos indígenas ven modificadas sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y la posibilidad de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, cuestión que en opinión del máximo tribunal debe ser acreditada por los organismos estatales competentes. Omite la Corte la circunstancia establecida *supra* sobre la susceptibilidad de afectación y en donde consignamos que ésta debe ser definida en un proceso participativo. En efecto, así lo establece la Corte IDH, exigiendo la realización de estudios de impacto ambiental, social y de derechos humanos para determinar los impactos de un proyecto de desarrollo o inversión y, al mismo tiempo, como salvaguarda de los derechos indígenas comprometidos¹¹⁰.

¹¹⁰ Caso del Pueblo Sarayacu con Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Sentencia de Fondo y Reparaciones, párrs. 204-207.

IV. CONCLUSIÓN

El análisis de la jurisprudencia en materia de consulta previa, libre e informada y protección del medio ambiente de los pueblos indígenas en el SEIA, permite concluir que ésta parecía evolucionar en la perspectiva de asumir los lineamientos definidos por los órganos internacionales con competencia en la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, en particular del Convenio 169.

Sin embargo, se observa una tendencia involutiva en la jurisprudencia que vuelve a subordinar las normas del tratado de derechos humanos, en este caso del Convenio 169, a la legislación interna (Legislación ambiental y ley Indígena), aun cuando esta sea restrictiva de los derechos humanos internacionalmente reconocidos e incorporados al ordenamiento jurídico interno por la ratificación y promulgación del instrumento internacional que los contempla y, además, genere responsabilidad internacional del Estado a consecuencia de dicho incumplimiento.

De igual modo es patente la disparidad de criterios entre las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema e incluso en la misma Corte Suprema dependiendo de la conformación de la sala llamada a pronunciarse sobre el caso. Esta situación genera incertidumbre jurídica para todos los actores concernidos en los conflictos ambientales y debilita la institucionalidad en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, lo que acrecienta las condiciones de vulnerabilidad de este sector de la población.

En este marco, y considerando la relevancia de esta temática de alta conflictividad económica, social y ambiental, resulta prudente estandarizar los criterios jurisprudenciales de un modo consistente con las directrices internacionales y lo que parece ser la jurisprudencia mayoritaria reflejada en los casos “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli” – Comunidad Indígena Puquiñe, “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama” – Comunidad Indígena de Toconao y Consejo de Pueblos Atacameños, “Sondaje Prospección Paguanta” –

Comunidades Indígenas de la Quebrada de Tarapacá, “Parque Eólico Chiloé” – Comunidad mapuche-huilliche AntuLafquen de Huentetique y en los persistentes votos de minoría del Ministro Haroldo Brito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AYLWIN, José et al (2010): *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. (Santiago de Chile, Observatorio Ciudadano, Heinrich BöllStiftung, Cono Sur). [en línea]. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro_ley169.pdf>. Fecha de consulta: 29 diciembre de 2014.

AYLWIN, José et. al. (2014): *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: antecedentes en el sistema jurídico chileno, internacional y comparado* (Santiago de Chile, Observatorio Ciudadano).

156

ANAYA, James (noviembre, 2012): *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile.*

_____(2013): *El deber de consulta estatal a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional*, Documentos de Políticas Pública y Derechos de Pueblos Indígenas, 30704/2013. [en línea]. Disponible en: <<http://www.politicaspUBLICAS.net>>. Fecha de consulta: 15 junio de 2013.

CUMPLIDO, Francisco y NOGUEIRA, Héctor (1994): *Teoría de la Constitución*, 3a edición (Santiago de Chile UNAB).

GAETE, Eugenio (mayo-agosto 1996): *Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos* Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 2 y 3, Tomo I, pp. 261-264.

MEZA - LOPEHANDIA, Matías (junio, 2010). *La obligación de consulta pre-*

via a los pueblos indígenas ante medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente. Minuta preparada por el Observatorio Ciudadano y Observatorio Parlamentario para la Presidencia de la Cámara de Diputados de la República de Chile. Documento inédito.

MONTT Santiago y MATTA, Manuel, (Enero, 2010): *Una visión panorámica al Convenio N° 169 y su implementación en Chile*, (Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos). [en línea]. Disponible en: <www.cepchile.cl/dms/archivo_4767.../rev121_SMontt_MMatta.pdf>. Fecha de consulta: 13 noviembre 2013.

NASH, Claudio (2003): *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*. [en línea]. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-Unicef.pdf>. Fecha de consulta 15 junio de 2013.

_____(2008): *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica, tendencias jurisprudenciales*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

157

NOGUEIRA, Humberto (2002): *Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile, Ius et Praxis*, año 6 N° 2, pp. 229-279.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Guía para la Aplicación del Convenio N° 169*, p. 14. [en línea]. Disponible en: <<http://www.indigenas.oit.or.cr/conten.htm>>. Fecha de consulta: 21 junio de 2013.

_____(2007), *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un Manual*, Ginebra.

_____(s/f) *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica Una guía sobre el convenio N° 169 de la OIT*. [en línea]. Disponible en: <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms_113014.pdf>, Fecha de consulta: 29 diciembre de 2014].

PFEFFER, Emilio (2003): *Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno, Ius et Praxis*, vol.9, N° 1,

pp. 467-484. [en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100021&lng=es&nrm=iso>. Fecha de consulta 29 diciembre de 2014.

RUIZ-TAGLE, Pablo (2001): *Presentación: Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile*, en *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, (Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile), p. 13.

ZÚÑIGA, Francisco (2005): *Reforma Constitucional*, (Santiago de Chile, LexisNexis).

INFORMES CITADOS

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (NACIONES UNIDAS, 2014). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 111 periodo de sesiones, 7 al 25 de julio de 2014* (Versión no editada).

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (UNITED NATIONS. 2012) *Concluding observations of the Committee on the Elimination of racial Discrimination, Canada*. CERD/C/CAN/CO/19-0. 9 de marzo de 2012. [en línea]. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.CAN.CO.19-20.pdf>>. Fecha de consulta 13 diciembre de 2014.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009), Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones, Informe III (Parte 1ª) Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión.

_____(2010). *Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.

_____(Febrero, 2013) *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones OIT - Ginebra. Sesión Diciembre 2012*. Publicación

Febrero 2013. CHILE. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) (ratificación: 2008)

ANAYA, JAMES (septiembre, 2009) Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el Relator anterior, A/HRC/12/34/Add.6*, 14 de septiembre 2009.

REVISTAS CITADAS

Revista Fallos del Mes N° 446, Sección Criminal, p. 2066, considerando 4°, citado en NOGUEIRA, Humberto, “Las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, *Ius et Praxis* v. 2 N° 2, 2000, pág. 265. Corte Suprema, caso contra Zapata y Romo, Rol N° 3452 – 2006, considerando 73.

TERCERA SECCIÓN
ESTUDIOS



I. CONSIDERACIONES GENERALES

A través de los recursos de apelación a la acción de protección constitucional, la Tercera Sala de la Corte Suprema ha conocido y fallado distintas materias vinculadas con el proceso de calificación ambiental, tales como las condiciones y medidas de mitigación y compensación establecidas en la resolución de calificación ambiental, la pertinencia del ingreso de un proyecto del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, la competencia del Comité de Ministros para la Sustentabilidad, la legitimación de personas jurídicas para interponer acciones de protección en materia ambiental, y la acción de protección como vía para impugnar actos intermedios en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. De tal manera, el análisis que a continuación presentamos tiene por objeto identificar la doctrina o criterio que ha seguido la Corte Suprema en dichas materias, durante el período correspondiente a los años 2010 a 2015.

Antes de exponer las distintas doctrinas o criterios identificados, es oportuno señalar, a modo de contexto general, que la Constitución Política de la República, en mérito al papel que desempeña dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, es un referente fundamental para la institucionalidad ambiental chilena. Los aspectos explícitamente consagrados por dicho cuerpo normativo se traducen, predominantemente, en el reconocimiento de determinados derechos constitucionales para todas

las personas; entre ellos, aquel considerado en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, que establece “*El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”. Del mismo modo, el artículo 19 N° 24 hace referencia a “*la conservación del patrimonio ambiental*”, en tanto aspecto constitutivo de la función social de la propiedad¹. Son estos elementos los que –a través de su garantía por el recurso de protección– permiten determinar si los actos de la autoridad o de los particulares han sido arbitrarios o ilegales, facilitando la tutela de los derechos de protección ambiental frente a los actos lesivos que les afectan.

Entre necesidades y modificaciones, lo cierto es que los avances que ha tenido la jurisprudencia chilena en materia ambiental deben ser destacados, particularmente respecto de la labor de los tribunales superiores, que enriqueciendo la discusión jurídica en la solución de importantes conflictos ambientales, han sabido responder al desafío de acercar la justicia a la ciudadanía, en temas tan sensibles como la medioambiental. Diversas resoluciones de estos órganos han reconocido y aplicado la normativa ambiental vigente –adecuándose a los lineamientos impuestos por la nueva institucionalidad–, utilizando también los principios del derecho ambiental, no solo en su dimensión interna, sino también en la externa. Tal es el desarrollo que se expone en las páginas siguientes.

¹ BARTON, et al. (2007) p. 138.



II. LA COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL CON OTRAS ACCIONES QUE PUEDAN INTERPONERSE ANTE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

La Constitución Política de la República establece el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantizándole la posibilidad de recurrir de protección cuando un acto arbitrario o ilegal le afecta. Sin embargo, la interposición de dicho recurso no priva al recurrente de poder ejercer “*los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”. Esto, porque con la implementación de la nueva institucionalidad ambiental, los legitimados que así lo requieran podrán interponer ante los tribunales ambientales los recursos que expresamente les confiere el artículo 26 de la Ley N° 20.600¹.

¹ Artículo 26.- Recursos. En estos procedimientos sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada.

El plazo para la interposición de la apelación será de diez días contado desde la notificación de la resolución respectiva.

En contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7) y 8) del artículo 17, procederá sólo el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo. Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

El recurso de casación deberá interponerse ante el Tribunal Ambiental que dictó la resolución recurrida para ante la Corte Suprema y tendrá preferencia para su vista y fallo. Para tales efectos, los plazos y procedimientos para el conocimiento del recurso

Una expresión de esto es la causa rol 5339/2013, de 25 de septiembre de 2013, en la que la Corte Suprema confirmó el fallo del tribunal de alzada que había rechazado el recurso de protección interpuesto. El Considerando 8° de la referida sentencia se refiere a la compatibilidad de la acción de protección en materia ambiental con otras acciones que puedan interponerse ante los tribunales ambientales, en los siguientes términos:

“OCTAVO: Que lo anterior es sin perjuicio de que tanto los recurrentes como cualquier otro particular puedan incoar –como ha sucedido en la especie, según se lee a fojas 827– las acciones que estimen pertinentes ante la autoridad o el Tribunal Ambiental correspondiente, tanto para obtener la revocación de la RCA del proyecto Pascua Lama o para constatar si se mantienen o no las variantes ambientales vigentes al momento de aprobar el proyecto”².

Misma doctrina se manifestó en la causa rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, en la que la Corte Suprema, revocando la sentencia de alzada y confirmando en consecuencia la sentencia apelada, estableció que *“la autoridad ambiental ha adquirido compromisos de presencia y monitoreo de los proyectos ambientales, por lo cual la jurisdicción asume que sus prerrogativas serán realmente ejercidas, por cuanto de ellas depende la eficiencia, eficacia y efectividad de las medidas dispuestas, única forma de entender resguardados los derechos y garantías de los recurrentes, quienes en todo caso conservan su derecho de accionar ante la autoridad jurisdiccional especializada para reclamar el incumplimiento de aquéllas por el titular del proyecto, como de los encargados de su fiscalización. Esta muestra de confianza y madurez de la institucionalidad ambiental merece ser explorada, siempre con el propósito de equilibrar los derechos de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de aquellos que igualmente desean desarrollar actividades*

de casación se ajustarán a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

No será aplicable para estos efectos lo dispuesto en los artículos 769 y 775 del mismo Código.

Ante la Corte sólo podrá rendirse prueba documental salvo que ella, de oficio, disponga la práctica de otras pruebas.

² Recurso de protección, Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 300/2012, de 15 de julio de 2013, sentencia confirmada por la Corte Suprema, rol 5339/2013, de 25 de septiembre de 2013.

económicas, de esta forma se entiende por esta Corte que se protegen todos los derechos y de todas las personas, como igualmente se considera el bien común de nuestro país”³.

Los fallos que se han pronunciado acerca de la compatibilidad de la acción de protección en materia ambiental con otras acciones que puedan interponerse ante los tribunales ambientales en los términos referidos, son los siguientes:

- *Corte Suprema, 25/09/2013, rol 5339/2013, Considerando 8°.*
- *Corte Suprema, 30/09/2013, rol 4294/2013, Considerando 3°.*
- *Corte Suprema, 17/01/2014, rol 6563/2013, Considerando 31.*
- *Corte Suprema, 07/10/2014, rol 11.299/2014, Considerando 8°.*
- *Corte Suprema, 03/11/2014, rol 21.973/2014, Considerando 7°.*

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que la Corte Suprema, atendido a lo preceptuado en la normativa ambiental vigente —especialmente las Leyes N° 19.300, N° 20.417 y N° 20.600—, ha precisado que la acción de protección no puede ser utilizada como vía sustitutiva o paralela a la competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente o los tribunales ambientales.

Así quedó establecido en la sentencia de la causa rol 11.713/2014, de 6 de noviembre, en cuyo Considerando 9° señaló:

“NOVENO: Que sobre este punto, y al margen de considerar que la denuncia sobre fraccionamiento del proyecto no figura explicitada en modo alguno en relación a los presupuestos que la norma citada contempla para su concreción, preciso es recordar que no obstante que en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental, se prescribe que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que se puedan

³ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, acumulada a las causas roles 6564/2013, 6565/2013 y 6566/2013.

hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes, lo que obliga a esta Corte a emitir un pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales puestas en la órbita de su conocimiento y decisión. En este contexto es dable consignar que el artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, entrega expresamente la competencia para determinar la existencia de fraccionamiento de los proyectos a la Superintendencia del Medio Ambiente.

Lo antes expuesto es de suyo relevante toda vez que no es posible soslayar que la presente acción constitucional constituye una medida de tutela urgente consagrada para proporcionar remedio pronto y eficaz frente a las vulneraciones que experimente el ciudadano en relación a sus derechos constitucionales y garantías que contempla el artículo 20 de la Carta Fundamental, y ello a raíz de una acción u omisión que —y para lo que interesa a este recurso—, sea a todas luces ilegal, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente. Lo anterior no puede, sin embargo significar o pretender que esta acción cautelar sea utilizada para sustituir los procedimientos ordinarios o especiales previstos en la legislación para la sustanciación y resolución del fondo del conflicto, así como tampoco que se la erija en una vía paralela de aquéllos”⁴.

En el mismo sentido lo resolvió la Corte Suprema en la sentencia del caso por las operaciones del proyecto de Optimización Central Termoelectrica Bocamina I y II, en cuyos Considerandos II y 12 manifestó:

“UNDÉCIMO: Que establecido lo anterior y frente a la alegación de la recurrida de estar siendo sustanciada esta materia

⁴ Recurso de apelación a la acción de protección, Corte Suprema, rol 11.713/2014, de 6 de noviembre de 2014.

en un procedimiento administrativo seguido por la autoridad ambiental pertinente y por ende, bajo el imperio del derecho, perentorio resulta precisar que ello, siendo efectivo, no es óbice para el ejercicio por parte de esta Corte, de las facultades conservadoras de que está investida la jurisdicción para que, frente a la perturbación o amenaza de perturbación, de alguna de las garantías consagradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en razón de alguna acción u omisión ilegal y/o arbitraria, se dispongan la o las medidas de cautela urgentes que la situación denunciada aconseje y amerite –con la cobertura y prontitud que esta sede proporciona– y todo ello, entre tanto se substancian y afinan los procedimientos seguidos ante las autoridades, o los tribunales ordinarios, o especiales, que deban resolver sobre el fondo del conflicto planteado.

DUODÉCIMO: Que esta Corte, en fallos anteriores, ha reconocido que si bien la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental señala que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes, no cabe duda que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales puestas en la órbita de sus competencias, y entre ellas, por cierto, se hallan distintas aristas de entre las materias propuestas a través de estos recursos. Desde luego, es el Superintendente quien tiene la facultad para sancionar a la recurrida por un eventual incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental, como también por la operación de un proyecto sin contar con el instrumento de evaluación ambiental que la autorice. En este aspecto, es en el procedimiento administrativo respectivo que ha debido determinarse si la operación del proyecto de «Optimización

Central Bocamina Segunda Unidad», está o no incluido en el incumplimiento de la RCA N° 206/2007, y determinar además, específicamente, cuales son los incumplimientos de este instrumento ambiental, estableciendo la sanción pertinente. Esta resolución que pone término al procedimiento sancionatorio puede ser impugnada por quien o quienes revisten el carácter de interesado, a través de una reclamación ante el respectivo Tribunal Ambiental, conforme lo establece el artículo 17 N° 2 de la Ley N° 20.600.

Cabe tener presente sin embargo, que en la especie no se persigue ni corresponde la sanción de la recurrida, sino que cautelar los derechos fundamentales que se estiman conculcados por aquélla. Conviene reiterar que la presente acción constituye una medida de tutela urgente de modo que, si en el curso de su substanciación se detectan riesgos o amenazas graves en relación a las garantías antes aludidas cuyo acaecimiento sea verosímil, corresponderá adoptar las medidas que se estimen conducentes para otorgar la debida protección”⁵.

Igualmente quedó establecido —respecto de las facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente— en la sentencia del caso Plan de cierre del vertedero municipal “Lagunitas” en Puerto Montt, en cuyos considerandos 7 y 8 manifestó:

“SÉPTIMO: Que, por otra parte, el artículo 35 de la Ley N° 20.417 otorga potestad sancionatoria a la Superintendencia del Medio Ambiente respecto de “El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”.

OCTAVO: Que conforme las normas antes citadas, todos los aspectos que dicen relación con el cumplimiento de las condiciones incorporadas en una resolución de calificación ambiental, incluidos los mecanismos a seguir en lo tocante a la reinserción social de las

⁵ Recurso de apelación a la acción de protección, Corte Suprema, rol 15.737/2014, de 6 de noviembre de 2014.

personas que se ubican al interior del vertedero “Lagunitas”, se enmarcan dentro de las facultades que por ley se le han conferido a la Superintendencia del Medio Ambiente, por lo que no es posible vislumbrar en el presente caso el quebrantamiento de un derecho indubitado que haya de restablecerse mediante la acción de protección cautelar urgente que ha sido intentada.

Así por lo demás, lo ha resuelto con anterioridad esta Corte en los autos sobre recurso de protección Rol N° 16.634-2014 y 17.447-2016.”

De esta forma, la Corte Suprema, a través de sus pronunciamientos, ha razonado señalando que si bien las alegaciones en la materia que trata este apartado pueden estar siendo sustanciadas en un procedimiento administrativo seguido por la autoridad ambiental competente, esto no es obstáculo para el ejercicio de las facultades conservadoras propias del máximo tribunal, frente a la perturbación o amenaza de perturbación de alguna de las garantías consagradas en el artículo 20 de la Constitución; de manera tal que se dispongan la o las medidas de cautela urgentes que la situación denunciada amerite, lo que debe entenderse, en todo caso, mientras se substancian y afinan los procedimientos seguidos ante las autoridades, los tribunales ordinarios o especiales que deban resolver sobre el fondo del conflicto planteado. En virtud de lo anterior, es posible concluir que desde la completa implementación de la nueva institucionalidad ambiental, son las instituciones que ella comprende las llamadas a conocer de las controversias medioambientales puestas en la órbita de sus competencias, por lo que la acción cautelar no puede ser utilizada para sustituir los procedimientos ordinarios o especiales previstos en la legislación para la resolución del fondo del conflicto, así como tampoco que se la erija en una vía paralela de aquéllos.

Los fallos que se han pronunciado en el sentido señalado, son los siguientes:

- *Corte Suprema, 06/III/2014, rol 11.713/2014, Considerando 9°.*
- *Corte Suprema, 06/III/2014, rol 15.737/2014, Considerando 11 y 12.*

- Corte Suprema, 12/11/2014, rol 14.263/2014, Considerando 7°.
- Corte Suprema, 17/12/2014, rol 16.634/2014, Considerando 8°.
- Corte Suprema, 29/12/2014, rol 26.198/2014, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 30/03/2016, rol 26.666/2015, Considerando 7°.
- Corte Suprema, 14/06/2016, rol 17.447/2016, Considerando 10°.
- Corte Suprema, 09/08/2016, rol 21.735/2016, Considerando 8°.
- Corte Suprema, 07/09/2016, rol 27.027/2016, Considerando 4°.
- Corte Suprema, 20/10/2016, rol 31.486/2016, Considerando 6°.

No obstante el criterio asentado por el máximo tribunal, es necesario señalar que existen ciertas prevenciones y votos en contra respecto a esta doctrina, en las que se ha argumentado que la acción de protección no impide ni resulta incompatible con el ejercicio de otros derechos, ya sean de índole administrativa o jurisdiccional.

174

En las causas rol 11.713/2014 y 15.737/2014, ambas de 6 de noviembre de 2014, el ministro Sr. Brito previno en el siguiente tenor:

“Se previene que el Ministro señor Brito no comparte lo expuesto en el considerando noveno del fallo que antecede toda vez que a su juicio la circunstancia de haberse dictado la Ley N° 20.600, que consagra a los Tribunales Ambientales, no incide en la procedencia de la acción de protección de garantías constitucionales, toda vez que es nuestra Carta Fundamental la que expresamente establece en su artículo 20 que su ejercicio es “sin perjuicio los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. En consecuencia, la competencia de los nuevos tribunales en forma alguna merma o disminuyen la competencia cautelar de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema para analizar las materias que son propuestas a través del arbitrio en estudio, siendo relevante poner de manifiesto que en relación a la vulneración de la garantía prevista en el artículo 19 N° 8 de la

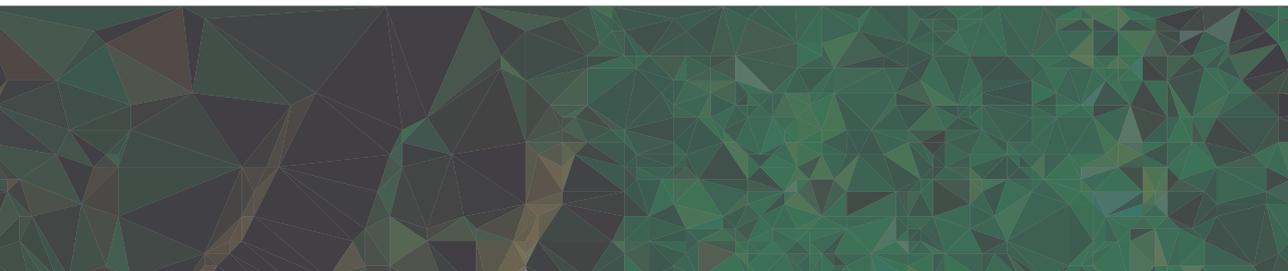
Constitución Política de la República se deben analizar todas aquellas materias que puedan configurar un acto ilegal que atente en contra de tal garantía”⁶.

En el mismo sentido se pronunció el Ministro Sr. Muñoz, en la sentencia de la causa Portuaria Corral S.A., de 20 de octubre de 2016, rol 31.486/2016, quien fue de parecer de revocar el fallo apelado y, consecuentemente, acoger la acción constitucional intentada, disponiendo:

PRIMERO: “Que la función conservadora que ostenta la potestad que ejercen los tribunales superiores de justicia en este tipo de arbitrio, en el entendido que por su conocimiento se resguarda y ampara la vigencia efectiva de los derechos constitucionalmente garantizados, con independencia de lo que pueda resolverse en otras instancias, obliga a adoptar las medidas que el restablecimiento del imperio del derecho exige cuando acciones u omisiones arbitrarias o ilegales importen privación, perturbación o amenaza a su respecto. En estas condiciones resulta evidente que la sola adopción por la autoridad recurrida de la determinación que el recurrente estima lesiva, le legitima para recurrir en resguardo del efectivo ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, de lo que se sigue que constituye un acto que, de estimarse ilegal o arbitrario, permitiría a esta Corte adoptar “de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, sin que la existencia de un procedimiento distinto consagrado en la Ley 20.600 sea obstáculo suficiente para impedir su análisis y, eventualmente, el acogimiento del recurso intentado, pues el propio artículo 20 de la Constitución Política estipula de manera expresa que el recurso de protección, acción constitucional originaria, no impide ni resulta incompatible con el ejercicio de otros derechos, ya sean de índole administrativa o jurisdiccional. Lo an-

⁶ Recurso de apelación a la acción de protección, Corte Suprema, rol 11.713/2014 y 15.737/2014, ambas de 6 de noviembre de 2014.

terior se encuentra en concordancia con lo declarado en el artículo 5° inciso 2° de Carta Fundamental que ordena a los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por lo que el justiciable siempre gozará de amparo constitucional frente a una decisión de la autoridad que afecte el legítimo ejercicio de los derechos enumerados en el artículo 20 de la Carta Fundamental y por los cuales se autoriza interponer, la acción de protección, de modo que ha debido emitirse pronunciamiento acerca del fondo del asunto planteado”.



III. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO VÍA PARA IMPUGNAR ACTOS INTERMEDIOS EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 de la Ley N° 19.300¹, sólo podrán ejecutarse o modificarse

¹ «Artículo 10.- 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:

- a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;
- b) Líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones;
- c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW;
- d) Reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas;
- e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas;
- f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos;
- g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis;
- h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas;
- i) 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;
- j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos;
- k) Instalaciones fabriles, tales como metalúrgicas, químicas, textiles, productoras de materiales para la construcción, de equipos y productos metálicos y curtiembres, de dimensiones industriales;
- l) Agroindustrias, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales, de dimensiones industriales;
- m) Proyectos de desarrollo o explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales;
- n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos;
- ñ) Producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas;
- o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos;
- p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza,

previa evaluación de su impacto ambiental, a través de la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según corresponda. En virtud de ello, todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los organismos del Estado respecto de proyectos o actividades sometidos al sistema de evaluación, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas del artículo II de la Ley N° 19.300² y su reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, siempre se requerirá el pronunciamiento del Gobierno Regional, del municipio respectivo y la autoridad marítima competente, cuando corresponda, sobre la compatibilidad territorial del proyecto presentado. Dichos pronunciamientos son recibidos por el Servicio de Evaluación Ambiental, y consolidados en un Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA), el que debe ser respondido en un plazo determinado por el titular del proyecto, a través de un documento denominado adenda.

parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita;

q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas, y

r) Proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas. El reglamento podrá definir una lista de especies de organismos genéticamente modificados que, como consecuencia de su comprobado bajo riesgo ambiental, estarán excluidos de esta exigencia. El mismo reglamento establecerá el procedimiento para declarar áreas como libres de organismos genéticamente modificados» (Ley 19.300/1994).

2 Artículo II.- 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.

Al respecto, la Corte Suprema ha entendido que las adendas e ICSA-RAs constituyen actos intermedios o de trámite sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y en consecuencia, no son aptos para amenazar garantías constitucionales. Así quedó establecido en la sentencia de la causa rol 7342/2011, de 26 de octubre de 2011, que en sus Considerandos 3° y 4° señala lo siguiente:

“TERCERO: Que de esta manera los actos censurados, en cuanto fueron desplegados en cumplimiento de la legislación que rige esta materia y cuya finalidad apunta a dictar el acto administrativo terminal que es resolver si un proyecto o actividad se ajusta a la normativa ambiental, carecen de la aptitud necesaria para amenazar cualquier garantía constitucional, pues como actos intermedios no pueden generar efecto alguno en tal sentido;

CUARTO: Que, acorde a lo antes expuesto, el recurso de protección no puede prosperar porque no concurre el presupuesto favorable a esta acción de que el acto denunciado tenga la aptitud de privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales cautelados mediante este recurso”³.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema al confirmar la sentencia apelada en la causa rol 25.128/2014, de 27 de octubre de 2014, en la parte que señala que:

“TERCERO: En dicho contexto, la recurrente invoca una eventual perturbación a garantías fundamentales, atendido lo resuelto en ese trámite, alegación que no tiene un fundamento fáctico que permita sustentarla, en cuanto el procedimiento administrativo sigue un orden consecutivo legal, que tanto los titulares de derechos como las autoridades administrativas deben observar en el análisis de los proyectos o actividades que deben ser sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, resultando de ello que la

³ Recurso de apelación a la acción de protección, Corte Suprema, rol 7342/2011, de 26 de octubre de 2011, Considerandos 3° y 4°.

*alegación de vulneración de la garantía de igualdad ante la ley, no se ha visto vulnerada, en cuanto el acto administrativo terminal no se ha producido*⁴.

De esta forma, los fallos que se han pronunciado en el sentido de considerar que la acción de protección no procede contra actos intermedios en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental son los siguientes:

- Corte Suprema, 26/10/2011, rol 7342/2011, Considerandos 3° y 4°.
- Corte Suprema, 27/10/2014, rol 25.128/2014, Considerando 3°.

Es necesario agregar, eso sí, que existen ciertas prevenciones en la materia, manifestadas por algunos Ministros en relación con la vulneración de garantías constitucionales que producirían los actos intermedios dictados en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Así por ejemplo, en la causa rol 2268/2012, de 14 de mayo de 2012, los Ministros Sr. Carreño y Sra. Sandoval efectuaron una prevención del siguiente tenor:

*“Se previene que los Ministros Sr. Carreño y Sra. Sandoval concurren a la confirmatoria teniendo únicamente presente que, tal como se expresa en el fundamento duodécimo del fallo en alzada, el acto impugnado es la convocatoria a la citación de la «Sesión de Calificación Ambiental» para el día 10 de enero del presente año, la que no es más que un acto trámite en un procedimiento administrativo complejo, el cual no produce efectos respecto de terceros, por lo que carece de eficacia para conculcar derechos constitucionales como el que se estima afectado*⁵.

Igualmente, cabe consignar algunas disidencias respecto a este criterio, como la sentencia en causa rol 2463/2012, de 11 de mayo de 2012, que fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Carreño y

⁴ Recurso de protección, Corte de Apelaciones de Iquique, rol 414/2014, de 30 de septiembre de 2014.

⁵ Recurso de apelación a la acción de protección, Corte Suprema, rol 2268/2012, de 14 de mayo de 2012, Prevención.

Pierry, quienes estuvieron por confirmar el fallo aludido en virtud de las siguientes consideraciones:

“3.- Que de esta manera el acto censurado, en cuanto fue desplegado en cumplimiento de la legislación que rige esta materia y cuya finalidad apunta a dictar el acto administrativo terminal, que es resolver si un proyecto o actividad se ajusta a la normativa ambiental, carece de la aptitud necesaria para amenazar cualquier garantía constitucional, pues como acto intermedio no puede generar efecto alguno en tal sentido.

4.- Que, acorde a lo antes expuesto, el recurso de protección no puede prosperar porque no concurre el presupuesto favorable a esta acción de que el acto denunciado tenga la aptitud de privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales cautelados mediante este recurso”⁶.

Por último, es necesario precisar con respecto a esta materia, que la Corte Suprema ha entendido que los Informes Consolidados de Evaluación (ICE)⁷, aun cuando constituyen actos intermedios o de trámite, sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pueden tener aptitud para amenazar una garantía constitucional, en consideración a las circunstancias específicas en las que hayan sido emitidos. Lo anterior ha sido establecido por el máximo tribunal, teniendo en consideración que el medio ambiente se puede ver amenazado por diversos proyectos que, al tener un determinado impacto ambiental, pueden ser adoptados sin medidas claras, específicas y efectivas de mitigación o compensación, lo que también sucede con la integridad física de las personas que viven en las comunas donde se emplazan los respectivos proyectos. Así quedó

⁶ Recurso de apelación a la acción de protección, Corte Suprema, rol 2463/2012, de 11 de mayo de 2012, Voto Disidente, numerales 3 y 4.

⁷ El Informe Consolidado de Evaluación (ICE) recopila los antecedentes generales del proyecto o actividad, la síntesis cronológica de las etapas de la evaluación y referencia a informes de los órganos de la Administración del Estado. Además entrega la síntesis de los impactos ambientales relevantes y de las medidas de mitigación, reparación y compensación, y las conclusiones del cumplimiento de la normativa. Finalmente el ICE entrega el lineamiento de los Permisos Ambientales Sectoriales (PAS) y las condiciones o exigencias específicas para ejecutar el proyecto, además de las síntesis de las observaciones que hubieren formulado las organizaciones ciudadanas en la participación ciudadana (PAC).

establecido en la sentencia de la causa rol 2463/2012, de 11 de mayo de 2012, que en sus Considerandos 9° y 10, establece lo siguiente:

“NOVENO: Que en estas circunstancias, el ICE adolece de ilegalidad por haber ignorado la recomendación del SERNAGEOMIN y no contener el estudio de suelo indicado, que, a juicio de esta Corte, resulta imprescindible para que el proyecto pueda ser sometido a la aprobación o rechazo de la Comisión de Evaluación Ambiental. Por tanto, la situación descrita refleja la infracción de los artículos 24 y 27 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, otorgando mérito suficiente para acoger la acción constitucional impetrada.

DÉCIMO: Que la ilegalidad descrita constituye una amenaza a las garantías constitucionales de los numerales 1 y 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues al proceder como se ha hecho, el medio ambiente protegido por el ordenamiento jurídico se ve amenazado por el proyecto en cuestión, sin que se adopten medidas claras, específicas y efectivas de mitigación o compensación. Lo mismo sucede con la integridad física de las personas que viven en las comunas donde se emplaza el proyecto”⁸.

⁸ Recurso de apelación a la acción de protección, Corte Suprema, rol 2463/2012, de 11 de mayo de 2012, Considerandos 9° y 10.



IV. LEGITIMACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS PARA INTERPONER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada por la Corte Suprema, existen dos criterios principales en esta materia. El primero de ellos, dice relación con que las personas jurídicas –por su propia naturaleza– no pueden verse afectadas por la vulneración de garantías constitucionales, ni accionar dentro del sistema, en el entendido que bajo la nueva institucionalidad ambiental se crearon organismos técnicos especializados y facultados para ello, siendo residual la actividad de otras entidades. El segundo afirma que, de acuerdo a lo establecido por la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la materia, cualquier persona, natural o jurídica, tiene legitimación activa para interponer la acción de protección.

El primer criterio quedó establecido en la sentencia de la causa rol 4777/2011, de 6 de octubre de 2011, en cuyo Considerando 5°, el tribunal manifestó:

“QUINTO: Que cabe consignar que, como se anticipa, para la procedencia de la acción cautelar de protección es menester que exista un perjudicado o agraviado, esto es, alguna persona que por “causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de...”, requisito que en la especie no concurre, puesto que una persona jurídica, como lo es la recu-

rente, no es susceptible de verse afectada por la vulneración de las garantías que en este caso preciso se han invocado, por cuanto una persona jurídica no puede, por su propia naturaleza, ver afectada su vida o ser víctima de alguna forma de contaminación”¹.

En el mismo sentido se pronunció la Corte al revocar la sentencia apelada en la causa rol 6590/2014, de 4 de agosto de 2014, cuyos Considerandos 4° y 6° disponen:

“CUARTO: Que como primera cuestión a la que esta Corte debe abocarse se divisa la vinculada con la legitimación que facultaría a la Municipalidad de Antofagasta para deducir el recurso de protección que ha presentado en autos.

Sobre el particular, y como ya lo ha sostenido esta Corte anteriormente, cabe destacar que si bien es efectivo que las Municipalidades pueden desarrollar directamente o con otros órganos de la Administración en sus comunas funciones relacionadas con la protección del medio ambiente, y colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente dentro de sus límites, tal cometido es residual, es decir, lo ejercen de manera general y en los casos en que no se haya dispuesto por la ley la participación específica de órganos especializados. En el caso de autos la Ley N° 19.300, cuyo primer objetivo fue darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, según se indica en el Mensaje del Presidente de la República, tiene como segundo objetivo crear una institucionalidad que permita a nivel nacional solucionar los problemas ambientales existentes y evitar que surjan otros nuevos. Para ello creó el Servicio de Evaluación Ambiental, el que se desconcentra territorialmente a través de las Direcciones Regionales

¹ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 4777/2011, de 6 de octubre de 2011, Considerando 5°.

de Evaluación Ambiental, correspondiendo a las Comisiones a que se refiere el artículo 86 de la citada ley efectuar la evaluación de impacto ambiental. Es decir, los municipios sólo son colaboradores de los organismos técnicos especializados, encargados del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

SEXTO: Que atento lo señalado en los fundamentos precedentes, la Municipalidad de Antofagasta no tiene legitimación activa para recurrir de protección en contra de las Resoluciones Exentas N° 177-2012, N° 186-2012 y N° 290-2012, de 6 de agosto, de 20 de agosto y de 4 de diciembre, todas del año 2012, mediante las que se calificaron favorablemente las modificaciones del “Proyecto Sierra Gorda” denominadas “Recepción, acopio y embarque de cobre”, “Transporte ferroviario de concentrado de cobre” y “Actualización Proyecto Sierra Gorda”, motivo por el que se desestimaré la acción cautelar intentada por dicho organismo”².

Del período analizado, los fallos que se han pronunciado en el sentido de que las personas jurídicas no son susceptibles de verse afectadas por la vulneración de garantías constitucionales son los siguientes:

- Corte Suprema, 06/10/2011, rol 4777/2011, Considerando 5°.
- Corte Suprema, 26/10/2012, rol 4755/2012, Considerando 5°.
- Corte Suprema, 04/08/2014, rol 6590/2014, Considerandos 4° y 7°.
- Corte Suprema, 03/11/2014, rol 21.973/2014, Considerandos 2° y 4°.
- Corte Suprema, 12/11/2014, rol 14.263/2014, Considerandos 2° y 4°.

Cabe agregar, además, una prevención respecto de los fundamentos utilizados para adoptar la decisión, manifestada por la Ministra Sra. María Eugenia Sandoval, quien en la causa rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, señaló que:

² Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 6590/2014, de 4 de agosto de 2014, Considerandos 4° y 6°.

“Se previene que la Ministro Sra. Sandoval concurre a la confirmación del fallo dictado en el recurso de protección interpuesto por la Municipalidad de Huasco e ingresado a esta Corte con el rol N° 6564-2013, teniendo únicamente en consideración que dicho municipio carece de legitimación activa para recurrir de protección en materia medioambiental, pues sus atribuciones en esta materia son meramente residuales según lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley N° 18.695 Orgánica de Municipalidades, existiendo una institucionalidad que se encuentra suficientemente facultada para intervenir en asuntos como el planteado en autos. Del mismo modo, es de opinión que la convicción por ella manifestada se ve reafirmada por la circunstancia que la legislación relativa a la protección del medio ambiente otorga expresamente a las municipalidades únicamente la acción reparatoria prevista en el artículo 54 de la Ley N° 19.300, de lo que se colige que tan sólo dicha atribución le ha sido reconocida por el legislador en este ámbito”³.

190

Por último, es necesario destacar el surgimiento de un voto disidente respecto a este criterio. En efecto, el Ministro Sr. Sergio Muñoz, en la causa rol 4755/2012, de 26 de octubre de 2012, fue de la opinión de revocar la resolución en alzada y disponer que se dejara sin efecto la resolución recurrida –manteniendo la decisión de la COREMA de la región del Biobío–, que había considerado desfavorable la declaración de impacto ambiental del proyecto “Depósito de Cenizas Las Trancas”. El Considerando I° del Voto Disidente, razonando sobre la legitimidad de los municipios para accionar, señaló:

“I.- Que en lo formal para este disidente no existe inconveniente que sea la Municipalidad de Arauco la que ejercite la presente acción cautelar, desde que el artículo 20 de la Constitución Política de la República permite que cualquiera a nombre puede impetrar que se adopten de inmediato todas las providencias que se juzguen necesarias para el restablecimiento del imperio del

³ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, Prevención.

derecho. En el caso de las Municipalidades su intervención en este tipo de materias se plantea como una obligación a la luz de lo que prescribe el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en atención al hecho que éstas “en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: b) ‘la protección del medio ambiente’”, y a su vez el artículo 2° letra q) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente explica que esa función constituye “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro”, entre las cuales no cabe excluir a las acciones de protección incoadas en este proceso.

Asimismo, esta facultad de la recurrente para deducir el recurso actual se establece en el inciso 3° del artículo 5° de la Ley N° 18.695, norma que dispone: “Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de otros organismos públicos, las municipalidades podrán colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites comunales”, actividad que deja expresamente a salvo el artículo 65 de la Ley N° 19.300, al prevenir que el municipio no obstante lo establecido en dicha norma, podrá canalizar las denuncias que formulen los ciudadanos hacia la Superintendencia del Medio Ambiente.

Finalmente, en lo que a este punto se refiere cabe señalar que las Municipalidades constituyen el ente encargado de la administración comunal del Estado, esto es, forman parte de éste y de acuerdo al n° 8 del artículo 19 de la Ley primera, participan del deber del Estado de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado⁴.

⁴ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 4755/2012, de 26 de octubre de 2012, Voto Disidente, numeral 1°.

El segundo criterio que el máximo tribunal ha sostenido en diversas sentencias, dice relación con que la acción de protección puede ser deducida por cualquier persona natural o jurídica en nombre del o los afectados. Así lo ha establecido el tribunal superior en la sentencia de la causa rol 2463/2012, de 11 de mayo de 2012, que en su Considerando Primero dispone:

“PRIMERO: Que en cuanto a la falta de legitimación activa de los recurrentes, alegada por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén, cabe indicar que la acción constitucional de protección tal como lo argumenta la recurrida no es una acción popular, sino que, según se establece en la Carta Fundamental y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, puede ser deducida por cualquier persona natural o jurídica en nombre del o los afectados, debiendo para ello expresarse en forma precisa y determinada a nombre de quién o quiénes se recurre, lo que se constata en la especie, desde que en el escrito de fojas 1 se indica que la Corporación Fiscalía del Medio Ambiente actúa por sí y en representación de cinco personas que individualiza en el segundo otrosí, todos domiciliados en Puerto Aysén”⁵.

192

La misma doctrina siguió la Corte Suprema en la causa rol 3141/2012, de 15 de junio de 2012, en la cual revocó la sentencia del tribunal de alzada, señalando:

“OCTAVO: Que en otro orden de cosas, se rechazará la alegación de la recurrida de carecer los recurrentes “Confederación Nacional de Pescadores Artesanales” de legitimación activa, en atención a que reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que la legitimación activa en un recurso de protección ha sido reconocida ampliamente a cualquier persona, natural o jurídica, afectada “en sus derechos”, no estando nadie excluido de su ejercicio, en especial si se considera que directa e indirectamente pueden verse

⁵ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 2463/2012, de 11 de mayo de 2012, Considerando Primero.

*indudablemente afectados por la obra cuya evaluación ambiental se cuestiona en su procedimiento*⁶.

Los fallos que se han pronunciado en el sentido de que las personas jurídicas tienen legitimación activa para interponer la acción de protección, son los siguientes:

- Corte Suprema, 11/05/2012, rol 2463/2012, Considerando 1°.
- Corte Suprema, 15/06/2012, rol 3141/2012, Considerando 8°.
- Corte Suprema, 26/11/2014, rol 23.622/2014⁷.

De esta forma es posible concluir, de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Suprema, que la acción constitucional de protección puede ser deducida, generalmente, por cualquier persona natural o jurídica en nombre del o los afectados, salvo en lo que dice relación con las Municipalidades, ya que en este último caso, el criterio mayoritario señala que si bien dichos órganos pueden desarrollar directamente –o con otros órganos de la Administración– funciones relacionadas con la protección del medio ambiente, y colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, tal cometido es residual; es decir, dichos órganos deben ejercerlo en los casos en que no se haya dispuesto por la ley la participación específica de órganos especializados. Por consiguiente, los municipios sólo son colaboradores de los organismos técnicos encargados del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁶ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 3.141/2012, de 15 de junio de 2012, Considerando 8°.

⁷ Esta decisión confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones: Acción de protección, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1990/2014, de 8 de agosto de 2014, Considerando Tercero.



V. CONDICIONES Y MEDIDAS DE MITIGACIÓN, REPARACIÓN Y COMPENSACIÓN ESTABLECIDAS EN LAS RESOLUCIONES DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

De acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los proyectos o actividades presentados a través de Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, podrán o deberán contar con medidas de mitigación, reparación y/o compensación ambiental.

Las medidas de mitigación ambiental tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos de un determinado proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución. Se expresarán en un Plan de Medidas de Mitigación que deberá considerar, a lo menos, una de las siguientes medidas:

1. Las que impidan o eviten completamente el efecto adverso significativo, mediante la no ejecución de una obra o acción, o de alguna de sus partes; o
2. Las que minimizan o disminuyen el efecto adverso significativo, mediante una adecuada limitación o reducción de la magnitud o duración de la obra o acción, o de alguna de sus partes, o a través de la implementación de medidas específicas.

Por su parte, 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. Dichas medidas se expresarán en un Plan de Medidas de Reparación y/o Restauración.

Finalmente, las medidas de compensación ambiental 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, que deberá incluir el remplazo o sustitución de los recursos naturales, o elementos del medio ambiente afectados, por otros de similares características, clase, naturaleza y calidad.

Por último es necesario señalar que las medidas de reparación y compensación ambiental, sólo se llevarán a cabo en las áreas o lugares en que se presenten o generen los efectos adversos significativos resultantes de la ejecución o modificación del proyecto o actividad.

A continuación, se dan a conocer los principales criterios de la Corte Suprema, en relación con las exigencias y condiciones impuestas a determinados proyectos o actividades con impacto ambiental.

196

I. La calificación favorable de un proyecto sujeto a condiciones establecidas en la resolución de la autoridad administrativa competente

La Corte Suprema ha determinado que la calificación favorable de un proyecto en forma condicional, esto es, sujeto al cumplimiento de diversos requisitos, exigencias y obligaciones, no es ilegal. Así lo determinó en la sentencia de causa rol 5474/2009, de 19 de enero de 2010, cuyos Considerandos 5° y 6° establecen:

“QUINTO: Que al revisar la resolución ambiental reclamada, se constata de inmediato que si bien calificó favorablemente el proyecto, su aprobación fue condicional, esto es, quedó sujeto al cumplimiento de diversos requisitos, exigencias y obligaciones establecidas en la misma resolución.

SEXTO: Que de este modo no se vislumbra cómo el actuar de la Comisión Nacional del Medio Ambiente puede ser estimada de ilegal¹.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en la sentencia de la causa rol 10.220/2011, de 4 de abril de 2012, en cuyo considerando 22 expresó que *“Que la Comisión recurrida sujetó la calificación ambiental del Estudio de Impacto Ambiental del “Proyecto Hidroeléctrico de Aysén” a una serie de exigencias y condiciones ambientales, según puede leerse a fojas 664 y siguientes de la resolución, como son:*

- a) Analizar el escenario de vaciamiento de los lagos glaciares Cachet II y Arco, independientemente de la probabilidad de ocurrencia y establecer el respectivo plan de acción al efecto, informando de ello a la Dirección General de Aguas de Aysén.
- b) Una vez que se cuente con la autorización sectorial de la Dirección General de Aguas para la construcción de la primera presa, se deberá presentar a la Dirección de Obras Hidráulicas para su aprobación un informe que dé cuenta de la condición inicial de la geomorfología fluvial previa a cualquier intervención en los cauces ubicados dentro del área de intervención que abarca el proyecto, a través de fotografías aéreas y topografías de control, y un análisis de zonas de riesgo en el cual se identifiquen aquellos sectores o infraestructura existente que puedan ser vulnerados o afectados por la agradación o degradación de riberas y/o de fondo de lecho, en las etapas de ejecución y operación del PHA.

Aprobado que sea por la Dirección de Obras Hidráulicas y la Dirección General de Aguas de Aysén el informe presentado, el titular deberá presentar proyectos de obras de mitigación en aquellos sectores de infraestructura identificados como vulnerables, un plan de seguimiento de la geomorfología fluvial en los cauces involucrados en el área del PHA y un plan de acción a implementar ante la ocurrencia de variaciones de la morfología fluvial generadas por la ejecución y operación del PHA, específicamente fenómenos de agradación o

¹ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 5474/2009, de 19 de enero de 2010, Considerandos 5° y 6°.

degradación de las riberas y/o lecho del cauce. Estos proyectos y planes deberán estar aprobados por la Dirección General de Aguas y la Dirección de Obras Hidráulicas e implementados de modo previo a la fase de construcción y operación de cada embalse².

Los fallos que se han pronunciado en el sentido de que la calificación favorable de un proyecto sujeto a condiciones establecidas en la resolución ambiental no es ilegal, son los siguientes:

- *Corte Suprema, 19/01/2010, rol 5474/2009, Considerando 5°.*
- *Corte Suprema, 27/07/2010, rol 246/2010, Considerando 1°.*
- *Corte Suprema, 27/07/2010, rol 251/2010, Considerando 1°.*
- *Corte Suprema, 27/07/2010, rol 254/2010, Considerando 1°.*
- *Corte Suprema, 27/07/2010, rol 258/2010, Considerando 1°.*
- *Corte Suprema, 27/07/2010, rol 260/2010, Considerando 1°.*
- *Corte Suprema, 27/07/2010, rol 270/2010, Considerando 1°.*
- *Corte Suprema, 04/04/2012, rol 10.220/2011, Considerando 22.*
- *Corte Suprema, 17/01/2014, rol 6563/2013, Considerando 25.*

A la doctrina antes reseñada, debe agregarse la disidencia del Ministro Sr. Brito, quien manifestó que tanto la ausencia o ineffectividad de menciones en el proyecto como la carencia de estudios o el establecimiento de medidas de mitigación, impide calificarlo favorablemente. En consecuencia, la resolución de calificación ambiental no puede aprobarlo estableciendo requisitos o medidas para suplir sus ineffectencias. Por este motivo, a su juicio, es grave que la Comisión de Evaluación de Impacto Ambiental haya calificado favorablemente un proyecto estableciendo condiciones que deberán cumplirse en el futuro. Así quedó establecido en la causa rol 10.220/2011, de 4 de abril de 2012:

² Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 10.220/2011, de 4 de abril de 2012, Considerando 22.

“1.- Que [...] se tiene especialmente en consideración que resulta particularmente grave la conducta reprochada a la Comisión de Evaluación Ambiental de Aysén de calificar favorablemente el Proyecto Hidroeléctrico de que se trata, estableciendo una serie de condiciones a cumplir a futuro”³.

2. Condiciones y medidas de mitigación o compensación establecidas en una sentencia judicial

La Corte Suprema, en sentencia de la causa rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, entendió que las condiciones y medidas incorporadas por una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional, pasan a formar parte de la resolución de calificación ambiental. Así, señaló:

“Se decide: [Que] (...) D.- Asimismo, debe entenderse que el proyecto Central Termoeléctrica Punta Alcalde queda aprobado con las modificaciones y condiciones expresadas en este fallo, que pasa a formar parte de la Resolución de Calificación Ambiental N° 159, de 13 de febrero del año en curso, de modo que esta última deberá ser rectificada para adecuarla a las declaraciones efectuadas precedentemente, particularmente a las condiciones y medidas impuestas en el presente fallo, sea que hayan sido voluntariamente propuestas por el titular o dispuestas por la autoridad”⁴.

199

3. Cumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en las resoluciones de calificación ambiental

Asimismo, el máximo tribunal se ha pronunciado sobre la oportunidad en que el titular del proyecto debe dar cumplimiento a los requisitos, o medidas de mitigación o compensación establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, señalando que debe hacerlo antes de iniciar la

³ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 10.220/2011, de 4 de abril de 2012, Voto Disidente, Sr. Brito.

⁴ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, Parte Decisoria, literal D.

operación. Ilustrativos al respecto resultan los Considerandos 25 y 28 de la sentencia de la causa rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014:

“VIGÉSIMO QUINTO: Que, además, y en lo referido a la acusada vulneración de la calidad del aire en el sector aledaño al proyecto en análisis, resulta pertinente dejar desde ya anotado que si bien es cierto que la descarga de elementos contaminantes a ese medio es superior a la declarada inicialmente por su titular, no lo es menos que la medida de mitigación propuesta por Endesa S.A., conforme a los antecedentes aparejados a los autos, podría compensar efectivamente las emisiones de la Central Termoeléctrica Punta Alcalde, sin perjuicio de lo cual se dispondrá el cumplimiento de diversas medidas a cuya efectiva verificación quedará supeditado el inicio de las operaciones de la misma y, además, su posterior y continuado funcionamiento, motivo por el que no es posible sostener que se amenace, perturbe o prive a los recurrentes de garantía constitucional alguna en esta materia (...).

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, sin perjuicio de lo que hasta aquí se ha razonado, no se puede obviar la circunstancia de que el funcionamiento de la Central Termoeléctrica Punta Alcalde podría eventualmente generar efectos perniciosos para el medio ambiente, de modo que si bien la decisión de autorizar su puesta en marcha no puede ser reprochada por este medio procesal, se dispondrá, en cumplimiento del mandato contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, la práctica de determinadas medidas, cuyo detalle es el siguiente, y sin cuya efectiva verificación la Central en comento no podrá comenzar a operar ni, llegado el caso, continuar haciéndolo”⁵.

⁵ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, acumulada en las causas roles 6564/2013, 6565/2013 y 6566/2013; Considerandos 25 y 28.

4. Competencia para conocer de las reclamaciones ante el incumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en una resolución de calificación ambiental

Respecto de la competencia para conocer reclamaciones ante el incumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en una resolución de calificación ambiental, la Corte Suprema ha entendido que el recurso de protección no es la vía legal idónea para imponer sanciones. Así lo ha señalado en la sentencia de la causa rol 16.634/2014, de 17 de diciembre de 2014, que en su Considerando 8° señala lo siguiente:

“OCTAVO: Que consta en estos autos que los recurrentes han pedido que esta Corte prohíba el funcionamiento del “Equipamiento Deportivo Autódromo Codegua” mientras no se acredite el cumplimiento de las medidas de mitigación de ruidos contenidas en la resolución de calificación ambiental, pretensión que por sus características y conforme a lo ya expuesto se enmarca dentro de las facultades que por ley se le han conferido a la Superintendencia del Medio Ambiente, institución que efectuó, con fecha 10 de septiembre último, una inspección ambiental respecto del incumplimiento denunciado por los actores, según dan cuenta los documentos rolantes a 292, 322 y 323, por lo que no es posible vislumbrar en el presente caso el quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección cautelar urgente que ha sido intentada”⁶.

201

Siguiendo esta doctrina se han pronunciado los siguientes fallos:

- Corte Suprema, 26/11/2014, rol 23.622/2014⁷.
- Corte Suprema, 17/12/2014, rol 16.634/2014, Considerando 8°.

⁶ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 16.634/2014, de 17 de diciembre de 2014, Considerando 8°.

⁷ Habiéndose confirmado la sentencia apelada, la referencia corresponde a la sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1990/2014, de 26 de noviembre de 2014, Considerandos 15, 16 y 20.

5. Falta de certeza en el cumplimiento de una sanción impuesta por la autoridad competente

Según el criterio impuesto por la Corte Suprema, el recurso de protección resulta ser la vía adecuada para garantizar la observancia de las medidas tendientes a revertir el incumplimiento de una sanción impuesta por la autoridad ambiental competente y resguardar las garantías constitucionales. Así lo estableció en el Considerando 7° de la sentencia de la causa rol 4294/2013, de 30 de septiembre de 2013:

“Sobre el particular, cabe precisar que a la fecha no hay garantía ni existe certeza de que la recurrida haya adoptado las medidas necesarias para que los elementos contaminantes de distinta naturaleza advertidos por la autoridad sanitaria local en las aguas servidas escurridas desde las que son tratadas en la planta de la que es titular, bien se hayan eliminado del todo o al menos se encuentren debidamente controlados al punto que su presencia no importe una amenaza a las garantías del derecho a la vida, salud y a la de vivir en un medio libre de contaminación, las que se encuentran consagradas en los números 1°, 2°, y 8° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, ya no tan sólo de la persona de la recurrente sino que de que toda esa comunidad, dadas las particularidades del caso de que se trata. Lo anterior hace procedente la adopción de las medidas necesarias para conjurar el peligro de la naturaleza y magnitud aludidos, y constituye suficiente razón para hacer lugar al presente recurso de manera de proveer a la comunidad afectada de los resguardos que la situación exige y amerita, precisamente en protección de los derechos aludidos precedentemente.

(...) La compañía recurrida deberá abstenerse en lo sucesivo de escurrir aguas tratadas en su planta de tratamiento hacia cualquier punto geográfico de su entorno, mientras no resulte comprobado fehacientemente que ellas no representan un foco y peligro de contaminación para él, condición que la Superintendencia de que se

*trata deberá comprobar con todos los medios humanos y técnicos a su alcance*⁸.

Siguiendo esta doctrina se han pronunciado los siguientes fallos:

- *Corte Suprema, 30/09/2013, rol 4294/2013, Considerando 7° y Parte Resolutiva final.*
- *Corte Suprema, 09/01/2014, rol 9852/2013, Considerando 8° y Parte Resolutiva final.*

⁸ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 4294/2013, de 30 de septiembre de 2013, Considerando 7°.



VI. EFECTO VINCULANTE DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL PARA OTROS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DEL ESTADO

En diversas sentencias, la Corte Suprema ha señalado que las resoluciones de calificación ambiental vinculan obligatoriamente a todos los organismos del Estado, los que deben otorgar las autorizaciones ambientales pertinentes de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 24¹ de la Ley N° 19.300. Así lo ha señalado en la sentencia de la causa rol 5474/2009, de 19 de enero de 2010, que en su Considerando 2° establece:

205

¹ Artículo 24.- El proceso de evaluación concluirá con una resolución que califica ambientalmente el proyecto o actividad, la que deberá ser notificada a las autoridades administrativas con competencia para resolver sobre la actividad o proyecto, sin perjuicio de la notificación a la parte interesada.

Si la resolución es favorable, certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación y restauración, no pudiendo ningún organismo del Estado negar las autorizaciones ambientales pertinentes. Si, en cambio, la resolución es desfavorable, estas autoridades quedarán obligadas a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental, aunque se satisfagan los demás requisitos legales, en tanto no se les notifique de pronunciamiento en contrario.

Los organismos del Estado a los que corresponda otorgar o pronunciarse sobre los permisos ambientales sectoriales a que se refiere esta ley, deberán informar a la Superintendencia del Medio Ambiente cada vez que se les solicite alguno de ellos, indicando si ha adjuntado o no una resolución de calificación ambiental y los antecedentes que permitan identificar al proyecto o actividad e individualizar a su titular.

En los casos que la Superintendencia detecte que una solicitud de permiso ambiental sectorial recae sobre un proyecto o actividad que de acuerdo a esta ley deba ser objeto de una evaluación de impacto ambiental previa y que no cuenta con la respectiva resolución de calificación ambiental aprobatoria, lo comunicará al organismo sectorial que corresponda, el que deberá abstenerse de otorgar el permiso o autorización en tanto no se acredite el cumplimiento de dicha exigencia, informando de ello al Servicio de Evaluación Ambiental.

El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva» (Ley 19.300/1994).

“Que previo al análisis de esta acción constitucional conviene dejar asentado que la Resolución en que culmina el proceso de evaluación de impacto ambiental de un proyecto de aquellos de que trata el artículo 11 de la Ley N° 19.300, como es el de autos, y que lo califica favorablemente, resulta ser vinculante para todos los organismos del Estado, los que no podrán denegar las autorizaciones ambientales pertinentes, según expresamente lo dispone el artículo 24 de la citada ley”².

El máximo tribunal ha seguido el mismo criterio en la sentencia de causa rol 11.040/2011, de 30 de marzo de 2012, que dispone:

“CUARTO: Que el segundo reproche de ilegalidad se hace consistir en haber faltado al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio N° 169 de la OIT, no obstante estar frente a una decisión administrativa que ha certificado que el proyecto evaluado supuestamente cumple con todas las exigencias que impone la normativa aplicable y que es obligatoria para los demás órganos del Estado con competencia ambiental, los cuales no podrán denegar las autorizaciones sectoriales correspondientes”³.

De esta manera, y siguiendo la doctrina reseñada, se han pronunciado los siguientes fallos:

- Corte Suprema, 19/01/2010, rol 5474/2009, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 19/04/2010, rol 926/2010, Considerando 4°.
- Corte Suprema, 30/03/2012, rol 11.040/2011, Considerando 4°.

² Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 5474/2009, de 19 de enero de 2010, Considerando 2°.

³ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 11.040/2011, de 30 de marzo de 2012, Considerando Cuarto.



VII. PERTINENCIA DEL INGRESO DE UN PROYECTO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A este respecto, y en conformidad con lo establecido por las Leyes N° 19.300, 20.417 y 20.600, la Corte Suprema se ha manifestado señalando que la determinación de la pertinencia del ingreso de un proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, es una competencia propia de la nueva institucionalidad ambiental, argumentando en este sentido, en la sentencia de la causa rol 11.947/2014, de 6 de agosto de 2014, que en particular dispuso:

“Que en relación a la necesidad esgrimida en torno al ingreso de las obras materia del recurso al Sistema de Evaluación Ambiental cabe destacar, en lo que respecta a la inquietud del recurrente, que con la nueva institucionalidad ambiental configurada hoy con las modificaciones introducidas a la Ley N° 20.417, de 26 de enero de 2010, que creó entre otros organismos el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente y la dictación de la Ley N° 20.600 de 2012, que creó los Tribunales Ambientales, resulta claro que un conflicto como el que se plantea en autos reconoce, entre las etapas previas de la sustanciación administrativa del mismo, la denuncia a la Superintendencia del Medio Ambiente, entre otros casos, cuando se consideren incumplidas normas ambientales. El texto del artículo 21 de la

Ley N° 20.417 previene, en lo que interesa, que: “Cualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental... y normas ambientales, debiendo ésta informar sobre los resultados de la denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles”. Ahora bien, del punto de vista del titular del proyecto, este tendrá siempre disponible la opción de la consulta al Servicio de Evaluación Ambiental acerca de la pertinencia del ingreso del mismo al Sistema de Evaluación Ambiental, materia que no es posible de ser resuelta en este procedimiento de cautela.

CUARTO: Que como se observa, la contienda traída a esta sede, por su naturaleza, no corresponde a una materia que deba ser dilucidada por la vía de la presente acción cautelar, en tanto ésta no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y, por ende, en situación de ser amparados, presupuesto indispensable que en la especie no se configura”¹.

Ahora bien, en lo que dice relación con la pertinencia de someter las modificaciones de proyectos al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, la Corte Suprema ha estimado que dicha prerrogativa corresponde a la Comisión de Evaluación Ambiental, en conformidad con lo establecido por el inciso 1° del artículo 86 de la Ley N° 19.300. Así quedó consignado en la sentencia de la causa rol 7861/2013, de 14 de enero de 2014, que en su Considerando 6° expresó que “la respuesta a la consulta formulada por el titular del proyecto debía ser evacuada por la Comisión a que se refiere el artículo 86 de la Ley N° 19.300, que reemplazó a la Comisión Regional del medio Ambiente. (...) Con declaración de que la respuesta a la consulta sobre la pertinencia de someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental las modificaciones al proyecto denominado Central Termoeléctri-

¹ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 11.947/2014, de 6 de agosto de 2014, Considerandos 3° y 4°.

*ca Parinacota, aprobado mediante Resolución de Calificación Ambiental N° 41/2009, deberá evacuarla la Comisión de Evaluación Ambiental establecida en el inciso primero del artículo 86 de la Ley N° 19.300*².

Los fallos que se han pronunciado siguiendo esta doctrina son los siguientes:

- *Corte Suprema, 14/01/2014, rol 7861/2013, Considerando 6° y Parte Resolutiva.*
- *Corte Suprema, 14/01/2014, rol 9012/2013, Considerando 6° y Parte Resolutiva.*

² Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 7861/2013, de 14 de enero de 2014, Considerando 6°.



VIII. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PREVENTIVO Y PRECAUTORIO EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Los principios de prevención y precaución son de amplio reconocimiento por el Derecho Internacional del Medio Ambiente, erigiéndose —a través de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia— como las piedras angulares del Derecho Ambiental. Si bien el objetivo de ambos es evitar un daño futuro, la diferencia radica en que en el principio de prevención, el daño es cierto y medible; mientras que en el de precaución, lo que se busca es impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos e imprevisibles, es decir, se trata de un ámbito de incertidumbre¹.

213

Principalmente a través de su jurisprudencia del año 2010, la Corte Suprema determinó que no existe un reconocimiento expreso de la aplicación de los principios preventivo y precautorio en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Lo anterior se extrae de la sentencia de causa rol 270/2010, de 27 de julio de 2010, que manifestó que *“no se advierte cómo el actuar de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la VII Región puede ser objeto de reproche a través de esta vía excepcional, más aún si los recurrentes construyen sus alegaciones sobre la base de eventuales efectos perjudiciales que, a juicio de ellos, pudiera acarrear la materialización de la actividad que se*

¹ CAFFERATTA (s.a.) s. p.

pretende instalar, pero sin proporcionar antecedentes ciertos que amparen tales pronósticos”².

Siguiendo esta doctrina se han pronunciado los siguientes fallos:

- Corte Suprema, 27/07/2010, rol 270/2010, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 27/07/2010, rol 246/2010, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 27/07/2010, rol 258/2010, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 27/07/2010, rol 254/2010, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 27/07/2010, rol 251/2010, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 27/07/2010, rol 260/2010, Considerando 2°.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe consignar las disidencias manifestadas contra este criterio. Al respecto, se destaca la sentencia de la causa rol 10.220/2011, de 4 de abril de 2012, que fue acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Araneda, quien estuvo por revocar el fallo aludido en virtud de las siguientes consideraciones:

“3.- Que cualquiera sea el cuerpo normativo aplicable al proyecto, según la etapa del mismo, éste debe ser estudiado y analizado por los organismos de rigor bajo el prisma de los principios ambientales que se han tenido a la vista al momento de legislar [...]. Continuando con la cita del Mensaje Presidencial, los principios que permitieron dar coherencia a la ley y sin los cuales se consideró que no se podía entender plenamente su real alcance y pretensiones fueron: El principio preventivo; el principio que quien contamina paga; el gradualismo; el principio de la responsabilidad; el principio participativo; y el principio de la eficiencia.

4.- Que en lo que interesa a esta decisión, resulta trascendente para esta disidente detenerse en el principio preventivo”³.

² Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 270/2010, de 27 de julio de 2010, Considerando 2°.

³ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 10.220/2011, de 4 de abril de 2012, Voto Disidente de la Ministra Sra. Araneda, numerales 3 y 4.

En la misma sentencia disidió también el Ministro Sr. Brito, expresando que *“También el mensaje presidencial abordó los principios que sustentan al proyecto presentado, dentro de los cuales especial relevancia tiene el “Principio Preventivo””*⁴.

También hubo disidencia en la causa rol 4755/2012, de 23 de octubre de 2012, que fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, quien fue de la opinión de revocar la resolución impugnada, disponiendo que se dejara sin efecto la resolución recurrida, manteniendo la decisión de la COREMA de la región del Biobío, que había considerado desfavorable la declaración de impacto ambiental del proyecto Depósito de Cenizas Las Trancas. Refirió en esa oportunidad:

*“Que la necesidad del Estudio de Impacto Ambiental en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que sólo se cumplen los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental”*⁵.

215

En concordancia con la disidencia anterior, y a partir del año 2012, la Corte Suprema comenzó a establecer en sus sentencias que los principios preventivo y precautorio deben ser considerados en el Sistema de Evaluación Ambiental, atendiendo principalmente a que la propia legislación vigente hace referencia a los mismos. Así quedó establecido en la sentencia de la causa rol 2463/2012, de 11 de mayo de 2012, que en su Considerando 6° determinó:

“Que en lo que interesa a esta decisión, resulta trascendente detenerse en el principio preventivo. De acuerdo al Mensaje Presidencial, con el que se inicia el proyecto de la Ley N° 19.300, se dijo

⁴ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 10.220/2011, de 4 de abril de 2012, Voto Disidente del Ministro Sr. Brito.

⁵ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 4755/2012, de 23 de octubre de 2012, Voto Disidente Ministro Sr. Muñoz, numeral 7.

que: “mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. (...) Para ello, el proyecto de ley contempla una serie de instrumentos”. Dentro de estos instrumentos se citó el sistema de impacto ambiental y se dijo: “El proyecto de ley crea un sistema de evaluación de impacto ambiental. En virtud de él, todo proyecto que tenga un impacto ambiental deberá someterse a este sistema. Este se concreta en dos tipos de documentos: la declaración de impacto ambiental, respecto de aquellos proyectos cuyo impacto ambiental no es de gran relevancia; y los estudios de impacto ambiental, respecto de los proyectos con impactos ambientales de mayor magnitud. En virtud de estos últimos, se diseñarán, previamente a la realización del proyecto, todas las medidas tendientes a minimizar el impacto ambiental, o a medirlo, o incluso, a rechazarlo.

El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por

*lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren*⁶.

La misma doctrina sigue el fallo de la Corte Suprema en causa rol 7844/2013, de 26 de noviembre de 2013, que en su Considerando II, dispuso:

“Que, por otro lado, en estos autos se han acompañado fotografías que –según afirma la recurrente– dan cuenta de que desde la empresa RR Wine se vierten aguas contaminadas a través de un tubo –fojas 260–. Sin embargo, asegura la empresa aludida que éste corresponde a un sistema de evacuación de aguas lluvias. Pues bien, tal afirmación debe necesariamente ser esclarecida por la autoridad a cargo, esto es, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, por imponerlo así el principio preventivo que debe inspirar las decisiones que adopte la autoridad respecto de las acciones que pueden impactar de manera negativa en el patrimonio ambiental del país, principio que ha sido consagrado normativamente en la Ley N° 19.300, cuyo texto fue enviado al Congreso Nacional precedido de un mensaje presidencial que expresamente alude al mismo. Este principio busca evitar el deterioro o la generación de daños en el medioambiente, así basta que exista la posibilidad de sufrir –el medioambiente– un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación, para obligar a las autoridades a actuar, pues persigue que los riesgos advertidos sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes.

*Lo mismo ocurre con la situación de que da cuenta la fotografía de fojas 422, pues la mencionada Superintendencia debe constatar si el agua que se conduce a través de la canaleta artificial corresponde a aguas que han sido previamente tratadas cumpliendo las exigencias de la Declaración de Impacto Ambiental y la normativa vigente*⁷.

⁶ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 2463/2012, de 11 de mayo de 2012, Considerando 6°.

⁷ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 7.844/2013, de 26 de noviembre de 2013, Considerando II.

También hubo manifestación de lo anterior, en la disidencia de la causa rol 31.163/2016, de 19 de octubre de 2016, que fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz y del Abogado Integrante Sr. Lagos, quienes fueron de la opinión de revocar el fallo apelado y acoger el recurso de protección. Señalaron en esa oportunidad:

2°) *“Que la institucionalidad ambiental vigente, se inspira en conceptos relativos al valor de la conservación del patrimonio ambiental, desarrollo sustentable y protección del medio ambiente, entre otros, como fluye de las concepciones referidos en su artículo segundo, clara emanación del derecho constitucional expresado, que comprende junto con “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental”, como indica el artículo primero del cuerpo legal antes referido, fundado en varios principios, entre los que destaca con fuerza el principio preventivo, que busca evitar el daño ambiental, o por lo menos precaver sus consecuencias minimizando el ya existente.”*

218

En conformidad con el análisis realizado anteriormente, es posible deducir que el criterio de la Corte opta por la consideración de los principios en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pues éste constituye, por excelencia, la institución preventiva e integral del Derecho Ambiental. De acuerdo a lo señalado por el máximo tribunal, el objetivo de esta institución –tal como lo consideró el Mensaje de la Ley N° 19.300–, es evitar (y/o modificar) que determinados proyectos deriven, en el futuro mediato o inmediato, en un impacto negativo para el medio ambiente, debiendo por consiguiente adoptarse todas las medidas tendientes a minimizar el impacto ambiental, a medirlo, o incluso, a rechazarlo.

Los fallos que se han pronunciado siguiendo esta doctrina son los siguientes:

- Corte Suprema, 11/05/2012, rol 2463/2012, Considerando 6°.
- Corte Suprema, 15/06/2012, rol 3141/2012, Considerando 6°.

- *Corte Suprema, 27/07/2012, rol 2138-2012, Considerando 4°.*
- *Corte Suprema, 28/08/2012, rol 1960/2012, Considerandos 28, 33 y 50 literal e).*
- *Corte Suprema, 26/11/2013, rol 7844/2013, Considerando 11.*
- *Corte Suprema, 18/12/2013, rol 7876/2013, Considerando 4°.*
- *Corte Suprema, 06/08/2014, rol 11.932/2014, Considerandos 8° y 13.*
- *Corte Suprema, 06/11/2014, rol 15.737/2014, Considerando 8°.*



IX. COMPETENCIA DEL COMITÉ DE MINISTROS PARA LA SUSTENTABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY N° 19.300

El Comité de Ministros para la Sustentabilidad fue concebido como un órgano de deliberación de políticas públicas y regulación general en materia ambiental. De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el Comité de Ministros está integrado por el Ministro del Medio Ambiente, que lo preside, y los Ministros de Salud, Economía, Fomento y Turismo, Agricultura, Energía, y Minería. Su función es conocer y resolver los recursos de reclamación que se presenten en contra de las resoluciones que rechacen o establezcan condiciones o exigencias para un estudio de impacto ambiental en conformidad con el artículo 20 de la Ley N° 19.300. Las reclamaciones en contra de las resoluciones que revisen una resolución de calificación ambiental de acuerdo con el artículo 25 quinquies de la misma, y contra los recursos de reclamación presentados por las personas que hubieren formulado observaciones al estudio de impacto ambiental y estimaren que sus observaciones no han sido consideradas.

Ahora bien, por la trascendencia que ha tenido para la jurisprudencia de la Corte Suprema, nos centraremos en la facultad que el artículo 20 de la Ley N° 19.300 le entrega al Comité de Ministros.

Al respecto, el máximo tribunal ha señalado que la revisión que realiza dicho Comité es un acto de tutela,

control administrativo o supervigilancia; y cuya potestad emana de un vínculo distinto del jerárquico. En efecto, en la sentencia de causa rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, el tribunal dispuso –en su Considerando 19– lo siguiente:

“DÉCIMO NOVENO: (...) la revisión que cabe efectuar al referido Comité de Ministros respecto de la decisión emanada de la Comisión de Evaluación no puede sino ser calificada como un acto de tutela, o de control administrativo o de supervigilancia, emanado de un vínculo distinto del jerárquico. En efecto, el indicado corresponde al “control que los agentes del Estado ejercen sobre los actos de los órganos descentralizados para hacer respetar la legalidad, evitar abusos y preservar el interés nacional en el ámbito de los intereses locales o técnicos” (La organización administrativa en Chile, Manuel Daniel Argandoña, primera edición, 1982, Editorial Jurídica de Chile, página 103)”¹.

¹ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 6563/ de 17 de enero de 2014, acumulada en las causas roles 6564/2013, 6565/2013 y 6566/2013. 2013,



X. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO VÍA PARA DETERMINAR EL INSTRUMENTO ADECUADO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL ANTES Y DESPUÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

El titular del proyecto o actividad que se somete al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental lo hace presentando una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), salvo que dicho proyecto genere o presente alguna de las condiciones contempladas en el artículo II de la Ley N° 19.300, en cuyo caso deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Tales efectos, características o circunstancias, son los siguientes:

1. Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones y residuos;
2. Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluido suelo, agua y aire;
3. Reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos;
4. Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares susceptibles de ser afectados, además de territorios con valor ambiental;
5. Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona;

6. Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

En esta materia es importante tener en consideración que la Corte Suprema ha dado especial relevancia a la implementación de la nueva institucionalidad ambiental. Tan relevante resulta, que hasta antes de su implementación, el máximo tribunal estableció que el recurso de protección era una vía adecuada para determinar si un proyecto debía ser evaluado a través de un Estudio de Impacto Ambiental. Así quedó consignado en la sentencia de la causa rol 1525/2010, de 17 de mayo de 2010, que en los considerandos 10 y 11 dispuso:

“DÉCIMO: Que, en esas condiciones, al no presentar el proyecto signos o evidencias de generar efectos importantes sobre el medio ambiente, entre ellos, el que se ha descrito precedentemente, la autoridad no requirió la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental;

UNDÉCIMO: Que lo anterior cobra relevancia en tanto la normativa ambiental prevé que la participación ciudadana es obligatoria sólo para los procesos de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental. En efecto, conforme al artículo 26 de la Ley 19.300, corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental. Si en el caso que nos ocupa se hubiere determinado que el proyecto de piscicultura a desarrollarse en el sector de Palguín produce alguno de los efectos o consecuencias contemplados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300, deviene inexorablemente en el rechazo a la Declaración de Impacto Ambiental presentada por la empresa y su sustitución por un Estudio de Impacto Ambiental, procedimiento que obliga a considerar la participación ciudadana, en especial de las organizaciones ciudadanas y personas naturales afectadas”¹.

¹ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 1525/2010, de 17 de mayo de 2010, Considerandos 10 y 11.

Misma doctrina se reflejó en la causa rol 11.040/2011, de 30 de marzo de 2012, que estableció lo siguiente:

“UNDÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación del proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido”².

En conformidad con lo anterior, los fallos que se han pronunciado siguiendo esta doctrina, son los siguientes:

- Corte Suprema, 17/05/2010, rol 1525/2010, Considerando 10 y 11.
- Corte Suprema, 13/07/2011, rol 258/2011, Considerando 10.
- Corte Suprema, 22/03/2012, rol 10.090/2011, Considerando 10.
- Corte Suprema, 30/03/2012, rol 11.040/2011, Considerando 11.
- Corte Suprema, 18/12/2013 rol 7876/2013, Considerando 7°.

227

Sin embargo, fue a partir del año 2010 que un nuevo criterio comenzó a instaurarse a partir de la vigencia de la nueva institucionalidad ambiental. Desde entonces, la Corte Suprema ha determinado que el recurso de protección no es la vía adecuada para determinar si un proyecto debe someterse a un estudio de impacto ambiental en vez de a una declaración de impacto ambiental.

Así lo refleja en la sentencia de la causa rol 2892/2014, de 29 de abril de 2014, que estableció:

“Que dicho lo anterior, esta Corte estima necesario dejar anotado que lo pretendido a través de esta acción cautelar es que se analice

² Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 11.040/2011, de 30 de marzo de 2012, Considerando 11.

la validez de un acto administrativo ambiental terminal y ejecutoriado, que como tal goza de presunción de legalidad según lo reconoce la Ley N° 19.880, arguyéndose que un determinado proyecto debió ser examinado mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no por una Declaración de Impacto Ambiental.

Como es posible inferir, determinar si es procedente uno u otro mecanismo de evaluación ambiental luego de que ya la autoridad administrativa con competencia técnica resolvió aprobar y, por ende, otorgar el permiso ambiental a través de una Declaración de Impacto Ambiental, corresponde a una cuestión en extremo compleja que, por regla general, va a exceder el ámbito propio de esta acción constitucional.

En efecto, decidir si se producen los efectos previstos en el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente luego de que las autoridades ambientales ponderaron y resolvieron en la materia exige apreciar proyectos o actividades sobre la base de evaluaciones técnicas, labor que en principio resulta ajena a este procedimiento cautelar”³.

Este criterio fue asentado por el contenido de los Considerandos 7° y 8° de la sentencia de la causa rol 21.973/2014, de 3 de noviembre de 2014, que a lo sumo señaló:

“SÉPTIMO: Que sobre el particular resulta relevante hacer constar que no obstante establecerse en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia, dentro de

³ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 2892/2014, de 29 de abril de 2014, Considerando 6°.

las cuales se encuentra por cierto la solicitud para dejar sin efecto una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 25 quinquies –precepto que contempla la revisión de la resolución de calificación ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto–; 26 y 28, normas éstas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final, y 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, disposiciones que permiten deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental.

OCTAVO: Que de lo razonado se sigue que si la reclamante ha pedido que esta Corte anule una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección cautelar urgente que ha sido intentada⁴.

229

De esta forma, la Corte Suprema ha razonado señalando que, no obstante establecerse en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental, que el recurso de protección podrá interponerse sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, no puede desconocerse que, a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales, son éstos los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las controversias ambientales que les encomienda la ley.

En este sentido se han pronunciado los siguientes fallos:

⁴ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 21.973/2014, de 3 de noviembre de 2014, Considerandos 7° y 8°.

- Corte Suprema, 29/04/2014, rol 2892/2014, Considerandos 6°, 7° y 8°.
- Corte Suprema, 12/08/2014, rol 17.120/2013, Considerandos 4° y 5°.
- Corte Suprema, 21/08/2014, rol 8774/2014, Considerandos 4° y 5°.
- Corte Suprema, 07/10/2014, rol 11.299/2014, Considerandos 8° y 9°.
- Corte Suprema, 30/10/2014, rol 22.461/2014, Considerando único.
- Corte Suprema, 03/11/2014, rol 21.973/2014, Considerandos 7° y 8°.



XI. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO VÍA PARA ANULAR UNA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL ANTES Y DESPUÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD

Al igual que en el punto anterior, la implementación de la nueva institucionalidad ambiental marca un punto de inflexión en esta materia. En efecto, hasta antes de su implementación, la Corte Suprema había resuelto que el recurso de protección era una vía adecuada para dejar sin efecto las Resoluciones de Calificación Ambiental, ordenando el ingreso de un proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio en lugar de una Declaración de Impacto Ambiental. Así lo consigna la sentencia de la causa rol 258/2011, de 13 de julio de 2011, que en su parte resolutive señaló que “se acoge el recurso de protección presentado en lo principal de fojas 18, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 275/2010 de 15 de septiembre de 2010 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, por lo que el proyecto de Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental”¹.

233

Los fallos que le siguieron fueron los siguientes:

- Corte Suprema, 13/07/2011, rol 258/2011, Parte Resolutiva.
- Corte Suprema, 22/03/2012, rol 10.090/2011, Parte Resolutiva.

¹ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 258/2011, de 13 de julio de 2011, Parte Resolutiva.

- Corte Suprema, 30/03/2012, rol 11.040/2011, Parte Resolutiva.
- Corte Suprema, 27/04/2012, rol 2211/2012.
- Corte Suprema, 28/08/2012, rol 1960/2012, acumulada a la causa Rol 2703-2013, Parte Resolutiva.
- Corte Suprema, 26/11/2012, rol 7071/2012, Parte Resolutiva.
- Corte Suprema, 18/12/2013, rol 7876/2013, Parte Resolutiva.

Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad, la Corte Suprema ha determinado que no corresponde dejar sin efecto las Resoluciones de Calificación Ambiental por vía del recurso de protección, siendo competentes para pronunciarse sobre éstas los tribunales ambientales. Así queda consignado en la sentencia de la causa rol 16.817/2013, de 23 de mayo de 2013, que en su considerando 2° dispone:

“SEGUNDO: Que resulta relevante sostener que no obstante establecerse en la parte final del inciso 1° del artículo 20 de la Carta Fundamental que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales competentes, lo que obliga a esta Corte a emitir un pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, no puede perderse de vista que a contar de la dictación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales que se encuentren sometidas a su competencia dentro de las cuales se encuentra por cierto la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 25 quinquies –precepto que contempla la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto–, 26 y 28 –normas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final– y 30 bis de la Ley N° 19.300 –disposición que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica

*cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental—*².

En la misma línea, la Corte argumentó que “de la debida inteligencia de los artículos 20 y 29 de la Ley N° 19.300, aparece que el legislador ha establecido una acción de reclamación especial en contra de la Resolución de Calificación Ambiental:

- *Tratándose del responsable del proyecto, en el caso de un Estudio de Impacto Ambiental, cuando éste lo rechace o le imponga exigencias, procede la reclamación ante el Comité de Ministros de cuya Resolución se podrá reclamar ante el Tribunal Ambiental (artículo 20).*
- *En el caso de cualquier persona, natural o jurídica que hubiere formulado observaciones al Estudio de Impacto Ambiental y que éstas no hubieren sido debidamente consideradas en la Resolución, también puede reclamar ante el Comité de Ministros y luego de la Resolución de éste ante el Tribunal Ambiental (artículo 29).*
- *La competencia del Tribunal para conocer de estas reclamaciones se encuentra establecida en los numerales 5 y 6 respectivamente, del artículo 17 de la Ley N° 20.600.*

Entre estas materias cabe situar, por cierto, la solicitud formulada en estos autos en orden a dejar sin efecto la Resolución N° 128 que calificó favorablemente el proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 26 y 28 —textos que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final—; y 30 bis de la Ley N° 19.300, disposición que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental.

² Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 16.817/2013, de 23 de mayo de 2013, Considerando Segundo.

Entre estas materias cabe situar, por cierto, la solicitud formulada en estos autos en orden a dejar sin efecto la Resolución N° 128 que calificó favorablemente el proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”, conforme se desprende de la nueva institucionalidad ambiental y, en especial, de la lectura de los artículos 26 y 28 –textos que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final–; y 30 bis de la Ley N° 19.300, disposición que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental.

[Agregando que] (...) de lo razonado se sigue que si los recurrentes han pedido a esta Corte que invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento alguno de un derecho que haya de restablecerse de manera urgente mediante la acción cautelar intentada”³.

236

Durante el año 2016, ha sido igualmente la doctrina mayoritaria en la jurisprudencia analizada. En la causa relativa al Proyecto Parque Eólico La Cabaña, de 5 de septiembre de 2016, rol 35.244/2016, el máximo tribunal señaló:

“Séptimo: Que si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que éstas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad –ocasión en que evidentemente es procedente la acción de protección– no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 20.600 de 2012 creara los Tribunales Ambientales, pues desde que éstos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado.

³ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 28.745/2014, de 30 de enero de 2015, Considerandos 4° y 5°.

Como se sabe, la ley que creó los Tribunales Ambientales no sólo trasladó a éstos todos los asuntos contenciosos administrativos en materia ambiental que se encontraban en la Ley N° 19.300, sino además aprobó una norma –artículo 17 N° 8– que les permite conocer de acciones de impugnación en contra de un acto administrativo ambiental, entre ellos la resolución de calificación ambiental que apruebe un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, previo agotamiento de la vía administrativa. Es ante esa jurisdicción especial y por esa vía entonces donde debe instarse por la invalidación de una resolución de calificación ambiental.

Octavo: Que de lo razonado se sigue que si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad a que se ha aludido, tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección intentada.”

De esta forma, la Corte Suprema ha señalado que las controversias que surjan en relación a la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental, deben ser adoptadas en el procedimiento jurisdiccional ambiental pertinente, siendo por lo tanto los tribunales ambientales los llamados a conocer de esta materia. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 20.600, y de la lectura de sus artículos 25 quinquies –precepto que contempla la revisión de la resolución de calificación ambiental durante la etapa de ejecución del proyecto–; artículos 26 y 28, –normas que establecen la obligación de publicitar tanto el proceso de calificación ambiental como su resolución final–; y, artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, es posible concluir que cualquier persona natural o jurídica, podrá deducir reclamación ante el tribunal ambiental, respecto de las observaciones que no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental.

Los fallos que se han pronunciado siguiendo esta doctrina son los siguientes:

- *Corte Suprema, 29/04/2014, Rol 2892-2014, Considerando 7° y 8°.*
- *Corte Suprema, 22/05/2014, Rol 16.817-2013, Considerando 2°.*
- *Corte Suprema, 12/08/2014, Rol 17.120-2013, Considerando 4°.*
- *Corte Suprema, 21/08/2014, Rol 8774-2014, Considerando 4°.*
- *Corte Suprema, 07/10/2014, rol 11.299-2014, Considerando 8°.*
- *Corte Suprema, 30/10/2014, rol 22.461-2014.*
- *Corte Suprema, 03/11/2014, rol 21.973-2014, Considerando 7°.*
- *Corte Suprema, 06/11/2014, rol 22.488-2014.*
- *Corte Suprema, 12/11/2014, rol 14.263-2014, Considerandos 7° y 8°.*
- *Corte Suprema, 29/12/2014, rol 26.198-2014, Considerando 2°.*
- *Corte Suprema, 30/01/2015, rol 28.745-2014, Considerando 4° y 5°.*
- *Corte Suprema, 11/03/2015, rol 27.923-2014, Considerando 4° y 5°.*
- *Corte Suprema, 13/04/2015, rol 707-2015, Considerando 6°.*
- *Corte Suprema, 22/04/2015, rol 31.878-2014, Considerando 4° y 5°.*
- *Corte Suprema, 10/11/2015, rol 10.640-2015, Considerando 4° y 5°.*
- *Corte Suprema, 14/03/2016, rol 37.777/2015, Considerando 3°.*
- *Corte Suprema, 05/09/2016, rol 35.244/2016, Considerando 8°.*
- *Corte Suprema, 29/11/2016, rol 44.037/2016, Considerando 5°.*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARTON, Jonathan, et al. (2007): “El nuevo diseño de la institucionalidad ambiental en Chile”, en, “Camino al Bicentenario, propuestas para Chile”, (Santiago, Dirección de Asuntos Públicos, Pontificia Universidad Católica de Chile, Concurso Políticas Públicas).

CAFFERATTA, Néstor, “Principios de Derecho Ambiental”. CEJA [en línea] Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3119/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Fecha de consulta: 21 noviembre 2017.

Contenido

REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS DE LA CORTE SUPREMA	5
PRÓLOGO	9
PRIMERA SECCIÓN - EL FENÓMENO EN CIFRAS	15
I. SOBRE LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL EN CHILE	17
1. Sobre la competencia del Servicio de Evaluación Ambiental	19
2. Sobre la competencia de la Superintendencia de Medio Ambiente	22
3. Sobre la competencia de los Tribunales Ambientales	25
II. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL	29
1. Fallos de Recursos de Protección en la Corte Suprema	30
2. Partes Intervinientes	31
3. Tipos de Término	32
4. Participantes en la decisión	33
5. Tipo de Votación	35
6. Tiempo Conocimiento y Fallo de Recursos	35
BIBLIOGRAFÍA CITADA	37
SEGUNDA SECCIÓN - DOCTRINA	39
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL, Pilar Moraga Sariego	40
I. INTRODUCCIÓN	41
II. DESARROLLO SUSTENTABLE	46
1. Reconocimiento por parte de la jurisprudencia nacional	46

2. Contenido del desarrollo sustentable según la jurisprudencia nacional	50
III. PRINCIPIO 10	55
1. Reconocimiento del principio 10 por la jurisprudencia nacional ..	57
2. Contenido del principio 10 según la jurisprudencia nacional	60
IV. PRINCIPIO PREVENTIVO Y PRECAUTORIO	68
1. Reconocimiento del principio preventivo y precautorio	69
2. Definición del contenido del principio preventivo y precautorio	70
V. CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFÍA CITADA	76
DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE, CONSTITUCIONALISMO Y PRAXIS JUDICIAL: UNA PERSPECTIVA DESDE ESPAÑA, Jordi Jaria i Manzano	78
I. EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE: DESARROLLO SOSTENIBLE Y DERECHO AL MEDIO AMBIENTE	79
1. El desarrollo sostenible	82
2. El derecho a un medio ambiente adecuado	85
II. EL DERECHO INTERNACIONAL REGIONAL EN EUROPA Y LA CUESTIÓN AMBIENTAL	87
III. LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO AMBIENTAL ESPAÑOL	89
IV. EL DERECHO AMBIENTAL COMO ESPACIO REGULADOR Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL	90
V. LA CULTURA JURÍDICA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y SU EXPOSICIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL	94
VI. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL	98
VII. RECAPITULACIÓN	102
BIBLIOGRAFÍA CITADA	104

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida	108
I. INTRODUCCIÓN	110
II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SELECCIONADA	114
1. “Piscicultura Palguín” – Comunidad Antonio Huenúaño y otros del sector Paguín	114
2. “Empresa Pesquera Los Fiordos” – Comunidad Indígena Papiukelen	119
3. “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia” – Comunidades Indígenas y pescadores artesanales de sector Mehuín – Bahía Maiquillahue	123
4. “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía” – Comunidades Indígenas sector Quepe	128
5. “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco- Panguipulli” – Comunidad Indígena Puquiñe	131
6. “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama” – Comunidad Indígena de Toconao y Consejo de Pueblos Atacameños	134
7. “Sondaje Prospección Paguanta” – Comunidades Indígenas de la Quebrada de Tarapacá	137
8. “Parque Eólico Chiloé” – Comunidad mapuche-huilliche AntuLafquen de Huentetique	138
9. “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” – Comunidad de Peine y Socaire y Consejo de Pueblos Atacameños	140
III. REFLEXIONES Y COMENTARIOS DEL AUTOR ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA	144
IV. CONCLUSIÓN	155
BIBLIOGRAFÍA CITADA	156

INFORMES CITADOS.....	158
REVISTAS CITADAS.....	159
TERCERA SECCIÓN - ESTUDIOS	161
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	163
II. LA COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL CON OTRAS ACCIONES QUE PUEDAN INTERPONERSE ANTE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES.....	167
III. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO VÍA PARA IMPUGNAR ACTOS INTERMEDIOS EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	179
IV. LEGITIMACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS PARA INTERPONER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL.....	187
V. CONDICIONES Y MEDIDAS DE MITIGACIÓN, REPARACIÓN Y COMPENSACIÓN ESTABLECIDAS EN LAS RESOLUCIONES DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL.....	195
1. La calificación favorable de un proyecto sujeto a condiciones establecidas en la resolución de la autoridad administrativa competente.....	196
2. Condiciones y medidas de mitigación o compensación establecidas en una sentencia judicial.....	199
3. Cumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.....	199
4. Competencia para conocer de las reclamaciones ante el incumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en una resolución de calificación ambiental.....	201
5. Falta de certeza en el cumplimiento de una sanción impuesta por la autoridad competente.....	202
VI. EFECTO VINCULANTE DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL PARA OTROS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DEL ESTADO.....	205
VII. PERTINENCIA DEL INGRESO DE UN PROYECTO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	209

VIII. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PREVENTIVO Y PRECAUTORIO EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL	213
IX. COMPETENCIA DEL COMITÉ DE MINISTROS PARA LA SUSTENTABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY N° 19.300	221
X. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO VÍA PARA DETERMINAR EL INSTRUMENTO ADECUADO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL ANTES Y DESPUÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL	225
XI. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO VÍA PARA ANULAR UNA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL ANTES Y DESPUÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD	233
BIBLIOGRAFÍA CITADA	239



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

Una etapa de modernización y mayor garantía de los derechos de todos los ciudadanos en materia ambiental, se comenzó a gestar en nuestro país con la entrada en vigencia de las leyes N° 20.417 y 20.600, que establecieron el actual marco jurídico y normativo de la institucionalidad ambiental.

En este contexto, las reflexiones sobre tendencias jurisprudenciales a la luz de las modificaciones normativas y los estándares internacionales, se torna relevante para aportar al necesario debate en esta materia.

