

Derecho

Público

67

Jurisprudencia

Jurisprudencia

Recurso de Protección contra Celulosa Arauco S.A.

SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA:

Valdivia, dieciocho de abril de dos mil cinco. Vistos: Que don Vladimir Alberto Riesco Bahamondes, abogado, domiciliado en Edificio Prales, oficina 205 de Valdivia, por sí y por doña Erica Jimena Rojas Cabrapán, Presidenta de la Junta de vecinos de Rucaco, domiciliada en Rucaco sin número de la Comuna de San José de la Mariquina, Jacob Sandoval Vidal, Presidente de la Unión Sectorial de Juntas de Vecinos de San José de la Mariquina, domiciliado en Luis Carrillo N° 7 Población San Francisco; Jimmy Davis Castillo, Presidente de la Asociación Gremial de Armadores de Valdivia y de Ricardo Asuman Doering, Presidente de Agrupación Guías Fluviales de Valdivia, con domicilio en Motonave Marqués de Mancera Río Valdivia, Jaime Ramírez Márquez, profesor, domiciliado en Avenida Colón sin número de San José de la Mariquina, actuando por sí, don Temístocles Navarrete, empresario, domiciliado en Avda. Colón sin Número de San José de la Mariquina, actuando por sí, Rubén Castillo Castillo, dirigente deportivo, domiciliado en Población Los Notros sin número de San José de la Mariquina, actuando por sí; Carlos Montullao Lienlaf, Presidente del Partido Radical San José de la Mariquina, domiciliado en Estación Mariquina, actuando por sí; José Araya Cornejo, profesor, domiciliado en Carlos Andwanter 525 de Valdivia, actuando por sí y don Juan Pablo Lazo Ureta, abogado, domiciliado en Carlos Andwanter 525 de Valdivia, por sí, dedujeron Recurso de Protección en contra de Celulosa Arauco S.A., sociedad del giro de su denominación, representada legalmente por don José Vivanco, de quien, los recurrentes ignoran segundo apellido y profesión, ambos con domicilio en Ruta 5 Sur, kilómetro 788 de la Comuna de San José de la Mariquina, Provincia de Valdivia, en su calidad de responsable de la Planta Celulosa Valdivia, ubicada en el mismo lugar y comuna. Interpusieron la acción de Protección en contra de Celulosa Arauco S.A., como

propietaria y responsable de la planta procesadora de celulosa kraft que opera desde el 8 de febrero de 2004 en los predios Las Rosas y Traiguén, ubicados a seis kilómetros al sur del Río Cruces, en las inmediaciones de la Ruta 5 Sur, un mega proyecto industrial que por sus dimensiones características y efectos ambientales previstos, se sometió, como lo dispone la Ley 19.300 a Evaluación de Impacto Ambiental. Señalan, los recurrentes, que este complejo industrial, desde el inicio de sus operaciones ha incurrido en graves ilegalidades, consistentes en la introducción de importantes modificaciones al proyecto previamente sometido a evaluación de impacto ambiental, según consta del cotejo hecho entre la resolución de calificación ambiental N° 279 de 1988 de COREMA, Región de Los Lagos, con los Informes Oficiales de la propia entidad que detalla en el recurso, afectando con su actuación, las garantías contempladas en el artículo 19 números 1, 8, 21 y 24 de la Constitución Política de la República. Se representa en el recurso, que la planta de celulosa ha desarrollado faenas sin contar con las condiciones necesarias para garantizar su funcionamiento sin causar daño ambiental, perjudicar la salud y la calidad de vida de los habitantes de la provincia de Valdivia. Precisan los recurrentes que la Planta Valdivia de Celulosa Arauco se sometió, de acuerdo con el artículo 8°, en relación con los artículos 11 y 12 de la ley 19.300 de Bases Sobre el Medio Ambiente, a Evaluación de Impacto Ambiental, en un procedimiento administrativo que concluyó con la resolución N° 279 de 1998 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos. Se precisa, además, que en el punto 4.1 de la resolución de calificación ambiental se individualizó el proyecto evaluado de acuerdo con los antecedentes proporcionados por el interesado, los que se refieren al diseño, construcción y operación de una planta industrial para la obtención de 550.000 toneladas anuales

de celulosa Kraft blanqueada, de pinos radiata y eucaliptos. Tal proyecto es descrito de manera pormenorizada para su etapa de operación en el punto 4.5, señalando, entre otros aspectos, que para su operación, el establecimiento industrial demandará como materias primas 2.240.000 metros cúbicos/año de pino radiata y 563.000 metros cúbicos/año de eucaliptos, 14.000 ton/año de clorato de sodio, 12.000 ton/año de hidróxido de sodio, 10.000 ton/año de oxígeno y 9.500 ton/año de ácido sulfúrico entre otros. En el proyecto se indica el consumo de agua como: 250 l/s para refrigeración y 900 l/s para procesos, todas obtenidas del río Cruces. Señalan los recurrentes que producto de este proceso productivo, esta planta genera un flujo diario de efluentes líquidos por montos totales de 900 l/s de residuos industriales líquidos y 250 l/s de aguas de enfriamiento, con un caudal total de efluentes líquidos de 1.150 l/s diarios. Agregan que una vez concluida la construcción de la planta se constató la evidencia de situaciones anómalas tales como la percepción de olores pestilentes en puntos distantes como Valdivia y Villarrica, ubicados a 50 kilómetros de la fuente emisora, en circunstancias de que en la resolución de calificación ambiental se fijó como niveles de emisión de Sulfuros Totales Reducidos, un monto que los haría imperceptibles al olfato humano en las localidades aledañas a la planta, lo que claramente no estaba ocurriendo. Hacen presente la situación de desplazamiento y desaparición de los cisnes de cuello negro que habitaban en el Santuario de la Naturaleza del Río Cruces, hacia el mes de mayo del año 2004. Frente a las situaciones anómalas descritas la Comisión Regional del Medio Ambiente contrató a la empresa Ma&C Consultores, a fin de que esta entidad diseñara y colaborara en la implementación de un programa de seguimiento ambiental de la Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A. y se abocara a la revisión y análisis de los compromisos adquiridos por la empresa en su evaluación ambiental, identificando los posibles vacíos de la evaluación ambiental del proyecto. El informe evacuado por esta Consultora es, a juicio de los recurrentes, el instrumento que permitiría establecer una estrategia de fiscalización y seguimiento ambiental de este proyecto, por lo que sus resultados serían de enorme trascendencia para la comprensión del proyecto en su conjunto y para el cabal conocimiento del que fue efectivamente ejecutado. El informe final de la referida Consultora se presentó con fecha 24 de agosto de 2004. En él consta la detección de 19 desviaciones o incumplimientos de la resolución de calificación ambiental del proyecto, 8 de las cuales se relacionan con la producción y tratamiento de residuos líquidos y 11 con el tratamiento y manejo de residuos sólidos. Tal informe fue sometido al análisis de los servicios públicos que conforman el comité técnico de seguimiento del Proyecto Valdivia de Celulosa Arauco y Cons-

titución y con fecha 9 de noviembre de 2004. Por Oficio Ordinario 1577, la COREMA de la Región de los Lagos, solicitó la aclaración y respuesta de Celco, quien lo hace el 24 de noviembre. Mediante ordinario 1867 de 21 de diciembre de 2004, COREMA de la Región de Los Lagos formuló exigencias a Celulosa Arauco. Respecto a los residuos líquidos se señala que una parte del agua de refrigeración (aproximadamente 50 lts.) se descarga al sistema colector de aguas lluvias de la planta. La situación es que las aguas lluvias no deben ir mezcladas con aguas del proceso productivo. Se precisa que existe una descarga de aguas producidas por rebalses de la piscina de decantación, la cual recolecta, gravitacionalmente, las aguas lluvias provenientes de las canchas de acopio de madera. Agregan que existe un aumento de producción respecto de lo establecido en la RCA que es de 550.000 a 850.000 toneladas/año, lo que deberá significar el reingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental del proyecto como una modificación al proyecto original, ya que este aumento de producción no se ha evaluado. Existe un aumento del diseño de la laguna de contención de derrames, la cual estaría diseñada para una contención de 24 horas y se realizó para 48 horas del volumen del efluente. Respecto de las descargas de aguas lluvias señala que su diseño no considera efectos potenciales, tales como erosión, socavamiento del terreno y arrastre de sólidos hacia el río Cruces, producto de la misma descarga. Respecto de los residuos sólidos, sostienen los recurrentes que se encontró en visita a la planta, restos de lana mineral, que es un residuo peligroso. Deberá verificarse el cumplimiento de la Norma de Residuos Peligrosos DS. 148 MINSAL. Se detectó que los residuos peligrosos como aceites usados y envases de químicos, entre otros, están siendo almacenados en una bodega especial, pero que no tiene estándares que permitan asegurar que no habrá derrames descontrolados. No se han construido pretilos de contención ni el piso presenta el desnivel deseado para conducir adecuadamente el flujo. Los lodos provenientes de la planta de tratamiento primario son desaguados en 2 prensas de lodos para luego ser dispuestos en el relleno de seguridad de la planta. El relleno estaba diseñado para disponer sólo de los lodos secundarios. No se constató la existencia del Plan de Desarrollo exigido en la RCA con, al menos, dos partes. A) construcción de los terraplenes de relleno por medio de celdas independientes confinadas con cordones de tierra perimetrales; b) formación de espacios en el terraplén, alejados de Bordes para contener sustancias viscosas. No existe depósito acumulador de lixiviados antes de ser enviado al sistema de tratamiento. Se deberá informar la situación oficial para considerar esta como una modificación al proyecto. No está habilitado el sistema de evacuación de gas meta-no comprometido. No existen caminos interiores destina-

dos a la inspección de cortafuegos. El sector de relleno de seguridad tiene un cierre perimetral con hebras de alambre de púas y postes de madera de no más de 1,60 metros de altura. El EIA indica un cerco de postes de madera de 2,5° de 2 metros de altura y ubicados cada tres metros. No hay cortina perimetral de altura regular que sirva como pantalla para reducir el arrastre de partículas. No se observa un cauce amplio de sección triangular, en la línea de máxima pendiente, que permita proteger el depósito de residuos industriales. Para el desvío de aguas industriales se constató en terreno, sólo la existencia de un canal perimetral natural en tierra en la ladera norte del relleno, paralelo al cerco, en deficientes condiciones. Expresan que frente a estos antecedentes Celulosa Arauco y Constitución presentó mediante escrito de fecha 24 de noviembre del año 2004, respuestas que los recurrentes califican de evasivas, aceptando, en términos generales la efectividad de los incumplimientos. El cambio de tonelaje de la producción lo califican como un cambio de poca consideración, en el caso de otro incumplimiento, señalan que no existe depósito acumulador de lixiviados, pero que a futuro existirá. Frente a estas respuestas COREMA de la Región de Los Lagos dictó la Resolución N° 841 de 21 de diciembre de 2004, la cual en su considerando N° 3 señala que con fecha 15 de noviembre de 2004, esta COREMA, acogió lo solicitado por los servicios públicos que participan en la fiscalización del permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el estudio de impacto ambiental y se acordó iniciar un procedimiento sancionatorio en contra del titular y atendido que los incumplimientos constatados dicen relación, entre otros aspectos, con la descarga y disposición de residuos líquidos y de manera diversa a la establecida en la resolución de calificación ambiental, sólidos, se hace necesario determinar las consecuencias de dicho accionar, así como la eventual producción de impactos ambientales que no han sido objeto de evaluación. Agrega el recurso que, no obstante lo expuesto, en lugar de dictar una revocación de la resolución de impacto ambiental acorde con las irregularidades, como por ejemplo la revocación de la resolución de impacto ambiental, la COREMA resolvió solicitar monitoreos, información complementaria, el cese de la emisión directa del agua de enfriamiento de la planta al Río Cruces y la presentación de Estudio de Impacto Ambiental sólo respecto de la piscina de contención de derrames, omitiendo tal exigencia respecto del aumento en el tonelaje de producción de la Planta, lo que se contrapone violentamente a uno de los principios rectores de nuestra legislación ambiental, como es el principio de prevención. Se señala en el recurso que la sociedad responsable del establecimiento industrial objeto del presente recurso, no sólo se ha limitado a introducir las modificaciones

inconsultas y unilaterales ya expuestas, sino que además, ha incumplido en forma reiterada el deber que le impone el considerando N° 12 de la Resolución N° 279 de COREMA de la Región de Los Lagos, en cuya virtud y en relación a la identificación de impactos ambientales no previstos en el proceso de evaluación ambiental del proyecto, el titular deberá informar a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Décima Región de Los Lagos la ocurrencia de dichos impactos, asumiendo las acciones necesarias para mitigarlos, repararlos y/o compensarlos, según corresponda. La información a esta Comisión Regional del Medio Ambiente deberá ocurrir inmediatamente después de la detección del o los impactos ambientales. Tal situación no se produjo, dado que las denuncias han sido realizadas a la autoridad por particulares y no por la Sociedad responsable. Se expresa en el recurso que los cambios en el proyecto son cuantitativa y cualitativamente de tal relevancia que han tornado impredecibles los efectos ambientales de la Planta Valdivia, razón por la cual es necesario disponer se sometan íntegramente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y dentro de él a un Estudio de Impacto Ambiental, como condición previa para la continuación de las faenas, toda vez que ellos implican cambios relevantes en los volúmenes y composición de sus efluentes, tanto gaseosos como líquidos, así como sus residuos sólidos. Según lo expuesto, estiman los recurrentes, la conducta de Celulosa Arauco y Constitución S.A., consistente en la introducción de 18 modificaciones relacionadas con la emisión de residuos líquidos sólidos y con el aumento en la capacidad productiva de la misma, constituye una actuación arbitraria e ilegal que se ejecuta de manera permanente y que otorga sustento jurídico al presente recurso de protección. En cuanto a la arbitrariedad, entendida como carencia de racionalidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanza, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o sea una actuación carente de fundamentos, la conducta de la recurrida puede ser considerada arbitraria, toda vez que ella suscribió un compromiso con la autoridad ambiental y la comunidad de la Provincia en general, al evaluar ambientalmente un proyecto de determinada envergadura y características, procediendo luego, por mero capricho y afán de lucro, a instalar uno diferente, sin avisar a autoridad alguna, actuando por encima de todo ordenamiento jurídico e institucionalidad, poniendo con ello en peligro, la salud, la calidad de vida, el desarrollo de actividades económicas y la propiedad de los recurrentes y vecinos del establecimiento industrial objeto del recurso. En cuanto a la ilegalidad de la conducta, entendida ésta como toda infracción a la normativa que regula este proyecto industrial, este, en primer lugar está delimitado por la propia Resolución Ambiental N° 279/98 de 30

de octubre de 1998, que incorpora además de las observaciones realizadas en el proceso de participación ciudadana, los informes técnicos de los órganos públicos con competencias ambientales relacionadas con el proyecto evaluado, y al propio Estudio de Impacto Ambiental presentado para su evaluación por la recurrida. El artículo 8° de la ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, en cuya virtud proyectos o actividades señaladas en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental de acuerdo a lo establecido en la presente ley. Por su parte, el artículo 2 letra d) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental señala que: la modificación de proyecto o actividad es la realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad ya ejecutado, de modo tal que este sufre cambios de consideración. En conclusión, estiman los recurrentes que la conducta de Celulosa Arauco y Constitución S.A. que opera la planta de Celulosa Valdivia desde el 8 de febrero de 2004, es ilegal y tal ilegalidad la constituye básicamente el incumplimiento de la Resolución de Calificación ambiental N° 279/98, sin perjuicio de la normativa legal desconocida por la Empresa, lo que se tradujo en impactos ambientales no previstos, al haber introducido 18 modificaciones relacionadas con la emisión de residuos líquidos y sólidos y con el aumento en la capacidad productiva en la misma. En cuanto a la arbitrariedad, entendida como la carencia de racionalidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanza, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o sea, una actuación carente de fundamentación, la conducta de la recurrida puede ser perfectamente considerada como arbitraria, toda vez que ella suscribió un compromiso con la autoridad ambiental y la comunidad de la provincia en general, al evaluar ambientalmente un proyecto de determinada envergadura y características, procediendo luego por mero capricho y afán de lucro a instalar uno diferente, sin avisar a autoridad alguna, actuando por encima de todo ordenamiento jurídico e institucional, poniendo con ello en peligro la salud, calidad de vida, el desarrollo de actividades económicas y la propiedad de los recurrentes y vecinos del establecimiento industrial objeto del recurso, sobre el legítimo ejercicio del derecho a la vida e integridad física y síquica, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a desarrollar cualquier actividad económica y al derecho de propiedad de los recurrentes, que se ven amagados por los hechos denunciados por los recurrentes como transgresiones a las garantías constitucionales cuyo amparo se solicita a través del presente recurso. Luego de una detallada exposición, los recurrentes solicitan que, el recurso sea acogido y se disponga que la Celulosa Arauco someta a un Estudio de impacto ambien-

tal, las siguientes modificaciones a la Resolución de Calificación Ambiental: a) Descarga de aguas producidas por rebalses de la piscina de decantación, la cual recolecta gravitacionalmente las aguas lluvias provenientes de las canchas de acopio de maderas. b) Aumento de producción respecto de lo establecido en la RCA que es de 550.000 a 850.000 toneladas/año. c) Aumento del diseño de la laguna de contención de derrames, la cual estaría diseñada para una contención de 24 horas y se diseñó para 48 horas del volumen del afluente. d) Modificaciones al sistema de tratamiento de residuos sólidos observados en el informe de MA&C consultores y que se han detallado en el recurso. Solicitan los recurrentes que, además, se disponga la paralización de las faenas de la planta Valdivia de la Celulosa Arauco y Constitución, mientras se realice el estudio de impacto ambiental. Con el recurso se acompañaron los siguientes documentos: 1.- Copia simple de la Resolución Ambiental N° 279/98 de la Comisión Regional del Medio Ambiente Décima Región de Los Lagos, del 30 de octubre de 2003. 2.- Informe de MA&C Consultores, de 24 de agosto de 2004. 3.- Descargos presentados frente al Informe de MA&C consultores por parte de Celulosa Arauco S.A. 4.- Informe de Producción de Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución. Que a fs. 34, don Hernán Rosas Mena, empresario, domiciliado en Punucapa sin número, Valdivia, se hace parte en el recurso. Que la empresa recurrida evacuó informe sobre el Recurso, mediante la presentación de don José Vivanco Rodríguez que corre agregado a fs. 80 de estos antecedentes. En el antedicho informe, la recurrida solicita el rechazo del recurso, teniendo en cuenta para ello, dos órdenes de consideraciones; una de ellas de carácter técnico que dice relación con el proyecto, y que responde a los planteamientos y solicitudes de las recurridas, y el otro de carácter jurídico en que hace presente la incompetencia de esta Corte de apelaciones para resolver lo pedido y que se resumen en definitiva a los siguientes puntos: 1.- Que el recurso no persigue los fines para los cuales se encuentra establecido, ya que no persigue el restablecimiento del imperio del derecho, sino la dictación de una sentencia declarativa de derechos. 2.- Se pretende que este Tribunal asuma las funciones técnicas que corresponden al titular del proyecto y a los órganos de Administración del Estado a quienes la ley encomienda conocer de las materias que se proponen en el recurso. 3.- La materia se encuentra sometida al conocimiento y decisión de los órganos del Estado encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas medioambientales, por lo que la cuestión está sometida al imperio del derecho. 4.- No se ha amenazado el legítimo ejercicio de las garantías que se invocan. 5.- No ha existido ilegalidad ni arbitrariedad. En efecto, la recurrida, luego de una pequeña reseña histórica sobre la

implementación de la Planta y una síntesis de los procesos productivos que en ella tienen lugar, se sitúa en la legislación ambiental. Sobre este aspecto sostiene que de acuerdo con el artículo 8° de ley 19.300 que establece las Bases Generales del Medio Ambiente, los proyectos susceptibles de generar impactos ambientales significativos, sólo pueden ejecutarse previa evaluación de su impacto ambiental y, al efecto se exige al interesado un Estudio de Impacto Ambiental. Agrega que Arauco presentó el EIA a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región, la que con fecha 30 de octubre de 1998 dictó la resolución N° 279/98, por la cual calificó favorablemente el proyecto. Posteriormente, por Resolución N° 9 de 4 de febrero de 1999, la Comisión Nacional del Medio Ambiente modificó algunos aspectos, como resultado de un recurso presentado por Arauco, en virtud del artículo 20 de la ley 19300. Expresa que no todos los cambios de un proyecto requieren ingresar al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. De acuerdo con el artículo letra b) del Decreto Supremo 95 de 2001 del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia que aprobó el texto refundido del Reglamento del Sistema de evaluación de impacto Ambiental; ello sólo es procedente cuando el proyecto original sufra cambios de consideración. Sostiene el recurrente que no existe definición legal sobre el concepto cambios de consideración, pero la CONAMA a través de su página Web oficial ha entregado ciertos criterios y para ello tiene en consideración: así la intervención o complementación constituye por sí sola un proyecto o actividad listado en el artículo 3° del Reglamento del SEIA, b) Si la intervención o complementación conduce a que, en conjunto, el proyecto más la modificación alcance la magnitud o se reúnan los requisitos contenidos en alguno de los proyectos o actividades en el artículo 3° del Reglamento, c) cuando las obras acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto son susceptibles de generar nuevos impactos ambientales diversos. De acuerdo con lo dicho, si no se cumple cualquiera de los criterios señalados en las letras a) o b) antes mencionados, le corresponderá al titular del proyecto determinar si las modificaciones del proyecto generan o no nuevos impactos ambientales adversos, distintos a los establecidos en el proyecto aprobado. Si esas modificaciones generan nuevos impactos adversos no contemplados en el proyecto, deberá ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Expresa que la calificación acerca de si los cambios son o no de consideración, le corresponde al titular del proyecto, sin perjuicio de las Facultades de la Comisión Nacional o regional del Medio Ambiente, o de los órganos sectoriales con competencia ambiental. Cita el artículo 64 de la ley 19.300 que establece el sistema de fiscalización de los órganos del Estado que participen en el sistema de Evaluación de Impacto Ambien-

tal. Respecto del derecho a vivir en un medio libre en el que se funda el recurso, precisa que la Carta fundamental no define el concepto contaminación; sin embargo, la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, trata específicamente la materia y define expresamente los conceptos: medio ambiente, contaminante y contaminación, definiciones de quede acuerdo con lo que dispone el artículo 20 del Código Civil, deben prevalecer sobre cualquiera otra, tanto para la interpretación legal como constitucional. Distingue a partir de ello dos situaciones: una son los incumplimientos a las obligaciones que se contienen en un EIA aprobado por la Resolución de Calificación Ambiental respectiva, que da lugar al procedimiento y sanciones que establece el artículo 64 de la ley 19.330, y la otra es la contaminación propiamente tal que puede dar lugar a otras sanciones por parte de los organismos sectoriales con competencia ambiental, a los recursos que resulten procedentes y a las acciones que establece la ley. Sostiene la recurrida que el eventual incumplimiento de un EIA, per se, no implica contaminación, pues para ello es necesario que se superen los niveles legales de las emisiones, sin perjuicio de que el incumplimiento del EIA pueda acarrear las sanciones que para el caso establece la ley. Señala que la dinámica de los proyectos industriales que se traducen en permanentes ajustes, situación que nuestra legislación reconoce y no pretende que los proyectos se ejecuten en forma idéntica a como fueron concebidos en la etapa de ingeniería conceptual. Precisa que: lo que dice relación con los olores citado manera contextual, es un asunto ya resuelto y confirmado por la Excm. Corte Suprema; en lo relativo al deterioro del Río Cruces, se trata de afirmaciones sin sustento, constituyendo meras conjetura e hipótesis, en lo tocante al uso de aguas subterráneas, puntualiza que la recurrida tiene derechos de aprovechamiento de aguas. Respecto del denominado informe Zaror acompañado a la presentación de fecha 21 de febrero en curso, ampliamente difundido en forma tergiversada por la prensa, no tiene relación con la materia del recurso. En lo tocante a los 19 incumplimientos del EIA a que se refiere el informe de MA&C Consultores, buena parte de ellos no son tales, o son menores o bien se encuentran debidamente solucionados o están en vías de solución. En efecto, por Oficio Ordinario N° 1577 de fecha 9 de noviembre de 2004, la COREMA, basada en dicho informe, solicitó aclaraciones a cada uno de estos puntos, los que fueron respondidos por Arauco con fecha 24 de noviembre de 2004. Con fecha 21 de diciembre de 2004, la COREMA requirió a Arauco la adopción de una serie de medidas respecto de algunas de las materias indicadas en el informe, fijando plazos al efecto. Por resolución de 21 de diciembre de 2004, la COREMA formuló cargos a Arauco, sólo respecto de 4 materias contenidas en el informe: a) condicio-

nes de evacuación del agua de refrigeración, porque se estarían descargando a un brazo del río sin tratamiento, junto con la evacuación de aguas lluvias, b) en cuanto a los lodos provenientes del sistema de tratamiento, se estarían disponiendo en el vertedero de la planta, en circunstancias que la RCA sólo permite la disposición final en el vertedero de lodos provenientes del tratamiento terciario del efluente, c) referente a la laguna de acumulación de derrames, en razón de que tendría una capacidad de contención de 48 horas, no obstante que de acuerdo a la RCA sería diseñada para una capacidad mínima de 24 horas, y d) relativo a un vertimiento del efluente no autorizado a través de una canalización a orillas del camino que va desde la planta a la estación Mariquina. Con posterioridad, mediante Resolución Exenta N° 17 de fecha 18 de enero de 2005, se formularon a Arauco nuevos cargos, en lo que interesa, por exceder la planta o capacidad de producción de 555.000 toneladas anuales de celulosa que fue autorizado por la RCA, la que tiene una capacidad potencial de producción final de 685 mil toneladas anuales. Los respectivos descargos fueron formulados por Arauco con fechas 12 de enero de 2005, respecto de la Resolución Exenta N° 860 y 31 de enero de 2005, respecto de la Resolución Exenta N° 17, encontrándose pendiente por parte de COREMA y por lo mismo, también pendiente en ejercicios judiciales que proceden contra eventuales resoluciones sancionatorias, de acuerdo al inciso 2° del artículo 64 de la ley 19.300. Que junto con su informe la empresa recurrida, también acompañó documentos: 1.- Resolución de Calificación Ambiental 279/98. 2.- Informe Final de MA&C Consultores de 4 de octubre de 2004. 3.- Oficio Ordinario de la COREMA 1577 de 9 de noviembre de 2004. 4.- Respuesta de Arauco de fecha 24 de noviembre de 2004. 5.- Resolución Exenta de COREMA, N° 0841 de fecha 21 de diciembre de 2004. Considerando: Primero: Que de acuerdo con lo precedentemente reseñado, el fundamento inmediato de este recurso lo constituye el hecho de que la Empresa Celulosa Arauco S.A. sometió a evaluación, un proyecto diferente de aquél diseñado, construido y ejecutado por la Empresa recurrida, situación que a juicio de los recurrentes, constituye una arbitrariedad y una ilegalidad, ya que operar en tales condiciones, sin contar con una resolución de calificación ambiental que dé cuenta de los reales efectos medioambientales que dicho establecimiento industrial genera o pueda generar sobre los ecosistemas de la zona y sobre los habitantes de las comunas de San José de la Mariquina, Lanco, Máfil y Valdivia, implica una trasgresión no sólo al derecho a un medio ambiente libre de contaminación, garantizado constitucionalmente, sino que al derecho a la vida y a la integridad física y química de las personas, al derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral el orden público o la

seguridad nacional y al derecho de propiedad. Segundo: Contra las mismas Garantías atentan además, a juicio de los recurrentes, las modificaciones que fueron detectadas por la Empresa MA&C Consultora y que fueron realizadas unilateralmente por la empresa recurrida, además del deber que le impone a la Empresa Celulosa Arauco, la Resolución 279 de COREMA de la Región de Los Lagos, en su considerando 12, que dice relación con la identificación de impactos ambientales no previstos en el proceso de evaluación ambiental del proyecto, todo lo cual se traduce, a juicio de los recurrentes, en una amenaza inminente sobre el legítimo ejercicio del derecho a la vida e integridad física y química, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a desarrollar una actividad económica y al derecho de propiedad de los mismos. Tercero: Para los recurrentes los fenómenos descritos, tornan inminente la sensación de amenaza que se cierne sobre ellos y los habitantes de la provincia, máxime, si se considera que estas situaciones afectan o pueden afectar actividades tan relevantes como el turismo, la agricultura o el esparcimiento de los habitantes de Valdivia y San José de la Mariquina. Cuarto: Que la recurrida, Celulosa Arauco S.A., ha sostenido en su informe de fs. 80, reseñado en la parte expositiva de esta sentencia, la improcedencia de este recurso, atendidos los fines que a través de él se persiguen, que no es el restablecimiento del imperio del derecho, sino que la dictación de una sentencia declarativa de derechos, pretendiéndose a través de él, que esta Corte asuma las funciones técnicas que corresponden al titular del proyecto y a los Órganos de la Administración del Estado, a quienes la ley les encomienda conocer de las materias que se proponen en el recurso y que en consecuencia, esta se encuentra sometida al conocimiento y decisión de los Órganos del Estado, por lo que la cuestión está sometida al imperio del derecho. Quinto: Que tal alegación, implica en definitiva, desconocer la competencia de esta Corte para resolver el presente asunto, porque, según lo expresado por el recurrido, significaría resolver, en sede jurisdiccional, materias que le competen a la Administración del Estado, sin perjuicio de los recursos procesales, en su caso. Sexto: Que es del caso consignar, que el asunto que ha sido sometido al conocimiento de este Tribunal, lo ha sido mediante un Recurso de Protección, a través del cual la Constitución Política de la República, no sólo permite la tutela jurisdiccional de los derechos invocados, sino que impone a esta Corte de Apelaciones el deber de pronunciarse sobre él y a tomar las providencias del caso, si fuere necesario, para restablecer el imperio del derecho. Séptimo: La Supremacía de la Carta Fundamental que informa a todo el ordenamiento jurídico y en particular los derechos fundamentales en ella reconocidos y garantizados, condiciona la actuación de cualquier órgano público, como susceptible de ser motivo del

Recurso de Protección y en tal sentido, la materia sometida al conocimiento de este Tribunal, dice relación con un mandato Constitucional, de manera que la competencia que a esta Corte le ha sido entregada a través de este Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales señaladas en el artículo 20 del Texto Legal Fundamental, se impone sobre las competencias reglamentarias asignadas a antes de la Administración, aun cuando ellos sean reclamables ante los Tribunales de Justicia, en la medida que a través de este recurso esta Corte de Apelaciones proceda a enjuiciar la existencia o inexistencia de vulneración de garantías constitucionales determinadas a través de una acción u omisión específica, si ha sido esta ilegal o arbitraria, o ambas, y se dé el presupuesto de urgencia que justifique esta acción y la inmediatez de las medidas que puede adoptar el Tribunal. Octavo: Que con respecto a la solicitud de rechazo del recurso de protección que la recurrida funda en que no se habría producido vulneración de Garantías Constitucionales, ni habría habido por su parte, actuaciones ilegales ni arbitrarias, corresponderá a esta Corte analizar: a) si las actuaciones imputadas a la recurrente, que han quedado detalladas en la parte expositiva de esta sentencia, constituyen vulneración a las Garantías Constitucionales, cuyo amparo se ha solicitado a través de este recurso, b) si dentro de este marco, adolecen de ilegalidad o arbitrariedad. Noveno: La Constitución Política de la República reconoce en su artículo 19 N° 8, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por imperativo constitucional, es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y es deber suyo también, tutelar la preservación de la naturaleza. Constituye este un derecho fundamental que lo vincula con el derecho a la vida y la integridad física y síquica y la salud de las personas, sin perjuicio de su vínculo más o menos estrecho con otros derechos, como el derecho de propiedad. Pero su reconocimiento Constitucional le otorga un valor propio, que involucra además la conservación de bienes, recursos naturales y medio ambiente, considerados éstos, como elementos esenciales destinados al desarrollo de los seres humanos. La preservación de la naturaleza constituye un mandato constitucional para el Estado, tanto de protección como de actuación. Debe, en consecuencia, proteger al titular de este derecho de las actuaciones de terceros y mejorar las condiciones ambientales. Tal imperativo obliga no sólo al ente Administrativo, sino también al Legislador y a las Cortes de Apelaciones, quienes sobre este aspecto y requeridos para el conocimiento y resolución de un Recurso de Protección, en casos necesarios, deben adoptar de inmediato las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Décimo: Señalan los recurrentes, que la introducción de modificaciones al Proyecto sometido a

Estudio de Impacto Ambiental, por parte de la recurrida, que han sido reseñadas en la parte expositiva de esta sentencia y que fueran denunciadas por la Consultora MA&C, a petición de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, son cambios significativos del proyecto que según expone la propia consultora, obligan a evaluar sus impactos ambientales, toda vez que un aumento en el potencial productivo de un establecimiento industrial de la envergadura de la Planta de Celulosa Valdivia, necesariamente conlleva riesgos muy considerables para el entorno, que se traduce en una amenaza inminente al ejercicio legítimo de los derechos cuya tutela reclaman, entendiéndose como amenaza el peligro de que suceda algo desagradable o perjudicial. Undécimo: La Constitución reconoce también como garantía, el derecho a la vida, a la integridad física y síquica y el derecho de propiedad y les concede tutela en forma directa a través de Recurso de Protección. El derecho de propiedad, también ha sido invocado por la parte recurrente, como transgredido, especificando que se produce, respecto de doña Erica Rojas Cabrapán, presidenta de la Junta de Vecinos de Rucaco, comuna de San José de Mariquina y de todos los socios de dicha organización, quienes han sufrido la muerte de aves de corral y deterioro de la calidad de las aguas subterráneas que consumen. Asimismo, el desarrollar una actividad económica, en las condiciones que la Constitución exige. Duodécimo: Que corresponde, de acuerdo con lo dicho, referirse a la Resolución Exenta N° 279/98 de 30 de octubre de 1998 que resuelve calificar favorablemente el Proyecto Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A., con la alternativa de descarga de sus efluentes líquidos en el Río Cruces con tratamiento terciario, condicionándolo al cumplimiento de los requisitos, condiciones, exigencias y obligaciones establecidas en los considerandos N° 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 14 de la misma Resolución, si bien se considera en la misma, que de acuerdo con los antecedentes y documentos contenidos en el proceso de evaluación de impacto ambiental del proyecto y de los reparos consignados en los puntos 7, 8 y 9 (medidas de mitigación, reparación y compensación del proyecto), este cumple con la normativa de carácter ambiental aplicable y se hace cargo apropiadamente de los efectos características y circunstancias a que se refiere el artículo 11 de la ley 19.300 a través de las medidas que se señalan en los numerales 7, 8 y 9 referidos. La referida Resolución aprobatoria consigna en el N° 12 de sus consideraciones que en relación a la identificación de impactos ambientales no previstos en el proceso de evaluación ambiental del proyecto, el Titular deberá informar a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Décima Región de Los Lagos la ocurrencia de dichos impactos, asumiendo las acciones necesarias para mitigarlos, repararlos y/o compensarlos, según corresponda. La información a esta Comisión

Regional del Medio Ambiente deberá ocurrir inmediatamente después de la detección del o los impactos ambientales. Se agrega en dicha Resolución que el Estudio de Impacto Ambiental y su Addenda se consideran oficiales y partes integrantes de la misma; por lo tanto, todas las medidas y acciones de gestión ambiental señaladas en dichos documentos se consideran asumidas por el titular, el que se obliga a su cumplimiento, en lo que corresponda y/o en lo que no fuere modificado por la Resolución. Décimo Tercero: Tal aprobación tuvo en consideración, según se señala en ella: a) como cuerpos legislativos: la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de 1994 y el D.S N° 30 de 1977 del Ministerio Secretaría General de Gobierno que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1997, b) el Estudio de Impacto Ambiental y sus Addenda N° 1, N°2, N°3 y N°4 del Proyecto Valdivia y sometido por Celulosa Arauco y Constitución S.A. al Sistema de Impacto Ambiental (SEIA) y c) las observaciones y pronunciamientos de los Órganos de la Administración del Estado que, sobre la base de sus facultades legales y atribuciones participaron en la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental. Décimo Cuarto: En relación al Proyecto, corresponde precisar los siguientes aspectos. 1) Que, presentado fue motivo de observaciones hechas, tanto de personas naturales como de personas jurídicas, quienes hicieron presente los efectos negativos que irrogaría tal proyecto en la zona. 2) Los antecedentes generales aportados por el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y sus Addenda, el Proyecto Valdivia consistió en el diseño, construcción y operación de una planta industrial para la obtención de 550 mil toneladas anuales de celulosa Kraft blanqueada de pino radiata y eucaliptus. 3) La vida útil del proyecto se precisó en más de 20 años y considera una inversión de \$ US 1.045 millones. 4) El proceso operativo se describe en el proyecto como: la cocción en digestores, de la madera previamente astillada, usando una solución de hidróxido de sodio y sulfuro de sodio a temperatura y presión, de modo de remover la lignina de la estructura de madera y así liberar las fibras de celulosa. La masa de fibras de celulosa que se denomina pulpa, se lava con agua y pasa a los procesos siguientes de remoción adicional de lignina, primero con oxígeno y finalmente con otros agentes de blanqueo. De esta forma se obtiene una pulpa blanqueada, que una vez secada se exporta en forma de láminas para la elaboración de papel. 5) Los principales consumos de productos químicos, corresponden a carbonato de calcio y clorato de sodio (14.000 toneladas al año), hidróxido de sodio (12.000 toneladas al año), oxígeno (10.000 toneladas al año) y ácido sulfúrico (9.500 toneladas al año). 6) Respecto de los requerimientos de agua, este es de 250 litros para refrigeración y de 900 l/s para proceso.

Estos caudales se obtienen de mercedes de aguas del Río Cruces. 7) El total de efluentes líquidos es de 1.150 l/s, que equivale a 99.360 metros cúbicos por día. 8) Los principales parámetros del efluente final e intermedio son: DQO, DBO5, AOX, ClO3, Sólidos Suspendidos, Nitrógeno Total, Fósforo Total, Color, Ácidos Grasos, Ácidos Resínicos, Clorofenoles, Arsénico, Cadmio, Cobre, Cromo, Hierro, Mercurio, Molibdeno, Níquel, Plomo, Zinc y Temperatura. Las exigencias técnicas especificadas en la Resolución aprobatoria, en los puntos 8.1.2.3 de la letra i) de la Resolución en comentario bajo el título de Medidas de Mitigación Reparación y Compensación se refieren, básicamente, a los siguientes aspectos: a) El diseño del sistema deberá permitir que los diferentes efluentes de la planta sean llevados separadamente al sistema de tratamiento de efluentes, lo que debe permitir efectuar tratamientos selectivos adecuados a cada caso. b) El sistema de control de derrames al interior del proceso deberá ser diseñado de manera de recuperar y recircular dichos derrames. Sólo como último recurso, en caso de que el líquido quede inhabilitado para el proceso, al mezclarse con otra sustancia, será drenado lentamente y en forma controlada al sistema de tratamiento de efluentes. c) Neutralización del efluente de manera que a la salida de esta etapa el efluente tenga un PH cercano a 7. d) Con el objeto de reducir el contenido de sólidos suspendidos, los efluentes con sólidos provenientes del blanqueo de lavado y de producción de pulpa, deberán ser tratados en un clarificador de sedimentación. El lodo eliminado del clarificador deberá ser desaguado en una prensa de lodo y enviado a la caldera para su incineración. e) El tratamiento secundario de los efluentes se deberá llevar a cabo mediante un sistema biológico utilizando un proceso de aireación prolongada o extendida. f) El tratamiento terciario deberá operar de manera continua. La COREMA X Región podrá autorizar el vertido de efluentes sólo con tratamiento secundario en época de mayores caudales en el río, con el respaldo de un estudio adecuado que deberá entregar el proponente. g) Enfriamiento del efluente, la temperatura de descarga del efluente en el Río Cruces no deberá ser superior a los 30°C, el aumento de temperatura podría generar una barrera térmica para el buen desplazamiento de peces migratorios. h) Los lodos provenientes de los clarificadores primarios y secundarios deberán ser desaguados y quemados en la Caldera de poder, simultáneamente con los desechos de madera. i) Y el proyecto deberá implementar un control de monitoreo de la calidad de los efluentes. 9) Sobre la generación de residuos sólidos generados en el proceso, estos de acuerdo con el proyecto, deberán separarse en tres grupos: los que contienen sólidos orgánicos irre recuperables, los que contienen sólidos inorgánicos combustibles y aquellas corrientes mixtas que requieren ser manejadas y dispuestas en el depósito

de residuos sólidos de la planta y que corresponden a un 2% del total. Estima la recurrida que durante su operación, la Planta Valdivia generaría unos 40.100 metros cúbicos al año de residuos sólidos (sin incluir los lodos del tratamiento terciario). Se sostiene que de acuerdo con lo precisado por USEPA, corresponden a residuos no peligrosos. 10) Se precisa que no es factible esperar un impacto significativo en el oxígeno disuelto en el río, lo que se afirma a propósito de un ejercicio de simulación en la variación de este parámetro aguas debajo de la descarga. Dentro del humedal se alcanzaría el menor nivel de oxígeno disuelto igual a 6 mg/l produciéndose luego un proceso de re-oxigenación que incrementaría paulatinamente los niveles de oxígeno. De acuerdo con ello, el nivel de oxígeno disuelto en el río se mantendrá siempre sobre los 5 mg/l. 11) Sobre los efectos tóxicos o agudos sobre la biota, se señala que las concentraciones de compuestos potencialmente tóxicos estimadas en el Estudio de Impacto Ambiental y sus Addenda, permiten apreciar que los límites establecidos se encuentran por debajo de los umbrales de oxididad crónica y aguda determinadas en las especies estandarizadas utilizadas en bio-ensayos para análisis de toxicidad. Agrega el proyecto en este acápite que es necesario señalar que estas especies no pertenecen a ninguna de las poblaciones del Río Cruces o del humedal, por lo que estos resultados no pueden ser extrapolados a la fauna autóctona, sino que sólo pueden ser utilizados como una referencia. 12) Sobre el aumento de temperatura de las aguas, para evaluar la barrera térmica para el desplazamiento se utilizó un modelo de simulación bajo condiciones de escenario extremo, vale decir temperatura de la mezcla de residuos industriales líquidos y las aguas de enfriamiento menor a 35 aac, caudal semanal mínimo cada 10 años del cuerpo receptor ($7Q_{10}=7,3$ metros cúbicos por segundo) y temperatura promedio del Río Cruces durante el verano (20°C). Bajo tales condiciones y considerando la temperatura de la mezcla el aumento de temperatura media final será de 2,6 con mezcla completa a 2 Kilómetros desde el punto de descarga. 13) Con relación al humedal, se indica que el impacto del aporte de nutrientes producto de la descarga del efluente, se analiza por medio de dos índices: el Factor limitante y el Estado Trófico. El primero de ellos está relacionado con el crecimiento de algas en un cuerpo de agua y que es proporcional a la cantidad de nutrientes de dicho cuerpo de agua bajo condiciones apropiadas de luz y temperatura. Mediante tal sistema se señala que en el caso del Río Cruces, el fósforo es potencial factor limitante del desarrollo algal. Por medio del segundo de ellos, el estado trófico de un cuerpo de agua resulta una condición que se relaciona con el grado de productividad primaria, y sus categorías están definidas en base a las características específicas del cuerpo de agua y a su concen-

tración de nutrientes. La medición de nutrientes se determinó por un estudio realizado por la Universidad Austral de Chile, señalándose que el índice del Estado Trófico (TSI), en función de la concentración del Fósforo Total. Se indica que el humedal del Río Cruces presenta un proceso de sucesión ecológica con una tasa más alta que la esperada en condiciones naturales debido, principalmente, al lavado y arrastre por lluvias fertilizantes (nutrientes) desde los suelos agrícolas aledaños. Concluye señalando que es el fósforo el que se constituye en el Factor Limitante del Crecimiento algal. En el mismo documento se precisa que todos los nutrientes descargados llegan al humedal. De acuerdo con el análisis realizado la variación de los nutrientes en el Río Cruces es el siguiente: Nitrógeno total: Sin descarga: 133,7; con descarga: 225,2. Fósforo total: Sin descarga: 12,9; con descarga: 20,0. Se aprecia en el proyecto que tanto bajo el escenario sin como con descarga de residuos industriales líquidos (RIL) tratados, el Fósforo se constituye en el Factor Limitante del crecimiento algal en el humedal. Se concluye que, teniendo en consideración que el efluente del tratamiento terciario considera una concentración de 0,33 mgP/l, el valor del TSI (Estado Trófico) aumenta a 47, con lo cual el humedal se sigue manteniendo bajo condición oligotrófica con probable mesotrofia durante el verano. En consecuencia el efluente no generará efecto perceptible alguno sobre el Santuario de la Naturaleza, en relación a la descarga de nutrientes. 14) En relación con la Reducción de la actividad fotosintética y efectos estéticos, se afirma que el aumento de color de las aguas del Río Cruces será inferior a 15 mg/l Pt-Co considerando el caudal promedio del Río durante la estación estival. Se espera que el efecto estético producto de la descarga del efluente en el Río Cruces, previo tratamiento terciario sea indetectable. Desde el punto de vista biológico y basado en literatura publicada, no se generan impactos significativos en ambientes acuáticos con incrementos del color inferiores a 100 mg/l Pt-Co. Se concluye entonces, que la descarga del efluente del Río Cruces no afectaría el paso de la luz solar a través del agua, eliminando la probabilidad de ocurrencia de cualquier efecto de tipo biológico. 15) Aumento de la concentración de metales pesados en el ecosistema del Río Cruces y el Santuario de la Naturaleza. Señala el proyecto que a condiciones de caudal mínimo, las concentraciones esperadas por el Proyecto en el efluente de la planta en términos de metales pesados quedan bastante por debajo de lo establecido en el Proyecto Definitivo de Norma para la Regulación de Contaminantes asociados a las Descargas de Residuos Líquidos a Aguas Superficiales: Arsénico, Cadmio, Cobre, Cromo, Hierro, Mercurio, Molibdeno, Níquel, Plomo y Zinc. Décimo Quinto: El proceso de evaluación de impacto ambiental del Proyecto Valdivia se concluye con medidas apropia-

das para hacerse cargo de los efectos, características y circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.300, determinándose que estas deben cumplirse durante el proceso, algunas de las cuales han quedado precisadas en esta sentencia y que se titulan como Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación del Proyecto, que dicen relación con los siguientes aspectos: Control de Emisiones Atmosféricas, Manejo de Residuos Sólidos, Tratamiento y Disposición de Aguas Servidas, Control de Emisiones Atmosféricas, Control Tratamiento y Disposición Final del Efluente Líquido, Manejo de lodos, Sistema de Control. El programa de seguimiento ambiental sobre el Río Cruces se encargará a una institución o empresa que deberá contar con reconocida experiencia en los análisis requeridos o, de lo posible, certificación de algún organismo público, competente en la materia. Décimo Sexto: Que la Empresa de Consultoría y Apoyo de Seguimiento Ambiental de la Planta Celulosa Valdivia MA&C Consultores Ltda., evacuó un informe en el mes de agosto de 2004, que corresponde, según se indica en el mismo, al Informe Final de la Consultoría de Apoyo, al seguimiento ambiental de la Planta Celulosa Valdivia, encargada por CONAMA de la X Región, que empleó como método de análisis, la verificación para detectar desviaciones entre la Resolución de Calificación de Impacto Ambiental y el Estudio de Impacto Ambiental, respecto del proyecto construido y operando. A modo de introducción el informe de la Consultora precisa que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es uno de los instrumentos de gestión ambiental más importantes de nuestro país y que de su efectividad dependen grandes promesas de protección ambiental. A continuación se expresa que la Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A. representa uno de los proyectos industriales más grandes del país, por lo que constituye un gran desafío, referido al seguimiento ambiental. Se señala, además, que la planta reúne complejidad, no sólo por su magnitud, sino porque está ubicada en una zona con áreas ambientales de protección (Santuario de la Naturaleza) en una región muy turística y con una población muy sensible con el cuidado de la naturaleza. Hace presente el informe que una vez iniciada la construcción de la planta, se dio inicio a numerosas denuncias y reclamos producto de la instalación y puesta en marcha de la misma, situación que obligó a tomar medidas en los servicios públicos competentes. Los objetivos precisos del informe fueron: a) Colaborar y diseñar un programa de seguimiento ambiental de la Planta Valdivia, con énfasis en los impactos ambientales relevantes. b) Revisar y analizar los compromisos adquiridos por la empresa en su evaluación ambiental, identificando los posibles vacíos de la evaluación ambiental del proyecto y entregar una propuesta para evaluarlos o hacerles un seguimiento adecuado. c)

Definición de los puntos críticos del proceso productivo y actividad de la planta vinculados directamente con la generación de impactos ambientales. d) Definición de los conocimientos que los Servicios Públicos y profesionales deben poseer para realizar el seguimiento. Se señala en el informe que las principales desviaciones detectadas deben ser rápidamente subsanadas para evitar impactos ambientales. Las desviaciones detectadas se clasifican en el informe, en dos grupos: a) desviaciones mayores y b) desviaciones menores. Las desviaciones mayores, son aquellas que por sus características generan un impacto ambiental de importancia si no se toman las acciones correctivas. Las desviaciones menores se definen como aquellas que por sus características generan un impacto ambiental leve o moderado que se puede solucionar, rápidamente, si se toman las acciones correctivas necesarias. Respecto de residuos líquidos: 1).- Una parte de la descarga del agua de refrigeración se descarga al sistema colector de aguas lluvias (aproximadamente 50l/s)(desviación menor) Las aguas lluvias no deben ir mezcladas con las aguas del proceso (desviación menor). 2).- No se tiene un procedimiento objetivo para monitorear la efectividad de la mezcla del efluente en el cuerpo receptor. Existen fundadas razones para pensar que el emisario de mezcla del efluente, presenta algún tipo de deficiencia (desviación menor). 3).- En visita a terreno se constató la existencia de una descarga de aguas producidas por rebales de la piscina de decantación (desviación menor). 4).- Existe una descarga de emergencia que no fue incorporada al Estudio de Impacto Ambiental y por lo tanto no se tienen los estudios necesarios para caracterizar al cuerpo receptor y los impactos ambientales que puede provocar en caso de descargas de emergencia (desviación mayor). 5).- Existe un aumento de producción respecto de lo declarado en RCA que es de 550.000 a 850.000 ton/año (desviación mayor). 6).- Existe un aumento del diseño de la laguna de contención de derrames, la cual estaría diseñada para una contención de 24 horas y se diseñó para 48 horas del volumen del efluente (desviación menor). 7).- Respecto de las descargas de aguas lluvias y de emergencia, se observa que el diseño no considera efectos potenciales, tales como erosión, socavamiento del terreno, y arrastre de sólidos hacia el Río Cruces, producto de la misma descarga (desviación menor). 8).- Se constató en el terreno la existencia de canaletas de concreto de aproximadamente 1,5 metros de profundidad, hacia donde drenan, por gravedad, los riles de los patios. No se observó la presencia de rejillas en estas, que permitan evitar la caída de troncos o material que puedan obstaculizar el flujo (desviación menor). Si bien las canchas tienen canaletas internas de recolección de riles, no existen canales perimetrales que las separen de los caminos adyacentes. Al no estar delimitadas se contaminarán fácilmente con aguas

lluvias, aceites derramados por camiones y arrastre de sólidos (desviación menor). De acuerdo con el informe en comentario, se detectaron, respecto a los residuos líquidos, 8 desviaciones, de las cuales 2 son desviaciones mayores y 6 son menores. Las dos desviaciones mayores se refieren a: 1.- descarga de emergencia, y 2.- aumento de producción. Situaciones que de acuerdo con la descripción de lo que se consideran desviaciones mayores, han provocado un impacto ambiental de importancia y debe corregirse; ambas deben entrar al SEIA como modificación del EIA del proyecto. Respecto de los residuos industriales sólidos y el almacenamiento de productos químicos. Se detectaron 11 desviaciones, ninguna de ellas, mayor. Las desviaciones N° 4 a 11 se refieren al manejo integral del depósito de residuos industriales. El informe señala que si bien estas desviaciones, 11 en total, son menores, la suma de ellas constituyen una desviación mayor. Respecto de la contaminación atmosférica no se detectaron desviaciones con la RCA, como está definida en el año 1998, cuando se realizó la calificación ambiental. Décimo Séptimo: Que se agregó a estos antecedentes, la Resolución 1396 del año 2004, que dispone las medidas que deberá arbitrar la Celulosa Arauco para prevenir los riesgos de almacenamiento transitorio de los residuos líquidos, provenientes del proceso de mantención, consistentes en aceites y lubricantes usados, solventes, líquido de corte, petróleo con impurezas, filtros de aceites. Décimo Octavo: Que se agregó a los antecedentes, un Estudio técnico sobre el Origen de las mortalidades y disminución poblacional de Aves Acuáticas en el Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanger, en la Provincia de Valdivia, de fecha 15 de diciembre de 2004, emanado de La Universidad Austral de Chile. En este documento se analizan los resultados de estudios anatómicos, parasitológicos, microbiológicos y toxicológicos realizados en una muestra de 31 cisnes recolectados en el Santuario y humedales adyacentes. Según el referido informe los hallazgos de necropsia más significativos lo constituyeron cuadros de gastritis parasitaria (100%), emaciación (pérdida de peso, 61,3%) e hidropericardio (54,8%). Se consigna que en 29 estómagos no se encontraron alimentos. En un 100% los análisis microscópicos mostraron la presencia de pigmentos hepatocitos. Se detectaron lesiones renales relacionadas con trastornos degenerativos; el 53% de los riñones presentó pigmentos a nivel de los epitelios tubulares. El cerebro evidenció proliferación de células gliales, en un 83%. El 100% de los hígados y el 88,5% de los riñones analizados presentaron positividad a la tinción de Perl, demostrando presencia de hierro en dichos órganos, en concentraciones particularmente alta en los hígados. Se consigna en el informe que los 31 Cisnes presentaron algún tipo de parasitosis. No se descartó la presencia de agentes virales. Con fecha 11 de febrero de 2005

se evacuó un nuevo estudio sobre el mismo tema. Sus conclusiones son las siguientes: a).- la mayoría de las aves presentaba un severo cuadro de emaciación, indicativo de carencias de alimentación, producto de la drástica disminución en la distribución y cobertura espacial del lucheillo en el Santuario y Humedales adyacentes. b).- Todos los cisnes presentaron gastritis parasitaria. c).- Dos cisnes del Santuario presentaban Aspergilosis (cuadro producido por un hongo oportunista, lo que indicaría inmunosupresión secundaria al mal estado nutricional. d).- En los hepatocitos de los cisnes del Santuario se encontró abundante presencia de hierro, lo que se relaciona a una alta absorción de este metal a nivel intestinal. Los análisis toxicológicos llevados a cabo en plantas de Lucheillo recolectadas en el Santuario y humedales adyacentes muestran altas concentraciones de metales pesados, especialmente hierro, lo que permite relacionarlo con la, también, alta concentración de hierro encontrada en los hígados de los cisnes, constituyendo el lucheillo, el alimento de mayor importancia en estas aves. Este lucheillo, *Egeria densa*, es una planta superior, con flores, perteneciente a la familia hydrocharitaceae, formada en forma casi exclusiva por plantas acuáticas. No es un alga, corresponde a una planta, cuyo cuerpo vegetativo consta de raíz, tallo, hojas y flores como cuerpo reproductivo. Es una planta de origen tropical. De acuerdo con los análisis realizados, las poblaciones de *Egeria densa* se encuentran muy deterioradas, ya que los escasos individuos que las forman están en un estado deplorable, con escasa biomasa, mucha necromasa y una proporción altamente normal de raíces. Estas plantas enfermas, son los restos de las antiguas poblaciones y se encuentran a profundidades mayores de las esperadas. Se consigna la diferencia detectada en la situación de estas plantas en el Santuario de la naturaleza, que desapareció a partir del año 2004 y las plantas fuera de él. Se agrega que las plantas acuáticas se caracterizan por ser acumuladoras de metales, lo que ha permitido la utilización de las mismas para la remoción de los materiales pesados desde aguas residuales. Se sugiere, por la literatura, que el PH en el agua es uno de los factores más importantes de influencia en el proceso de biabsorción de metales pesados. Se señalan 17 como metales pesados biodisponibles, de importancia para los organismos y ecosistema. Se consigna: Hierro, Molibdeno y Manganeso, como micronutrientes importantes: Zinc, Níquel, Cobre, Vanadio, Cobalto, Wolframio y el Cromo como elementos tóxicos con mayor o menor importancia como elementos traza, en tanto que el Arsénico, Mercurio, Plata, Antimonio, Cadmio, Plomo y Uranio, no tienen función conocida como nutrientes. Debido a su capacidad de absorber metales pesados desde el ambiente, las plantas acuáticas son herramientas útiles para realizar procesos de remoción natural de estos elementos.

Se concluye en el informe que: a) las concentraciones de Hierro y Manganeseo fueron las más altas de sedimentos recolectados en las estaciones dentro del Santuario y fuera del mismo. b) las concentraciones promedio de Hierro y Manganeseo en los sedimentos del Santuario fueron significativamente mayores que las de los sedimentos de los ríos Calle Calle y Valdivia, c) las concentraciones de Hierro, Zinc y Cobre en los sedimentos del Santuario, fueron mayores a las detectadas en estudios anteriores en los sedimentos de los Ríos Calle Calle, Valdivia, Cau-Cau y Bahía de Corral, d) las concentraciones de AOX en los sedimentos fueron más altas en el sector Rucaco, a partir del cual disminuyen hacia el interior del Santuario, e) se detectaron trazas de ftalatos, a-pineno y a-cubeteno y un compuesto asignado a tributil fosfato (TBF) en los sedimentos del santuario. Décimo Noveno: Que conviene recordar que el precepto constitucional del artículo 19 N° 8, está contenido, también, en el artículo 1° de la Ley 19.300 que dispone que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, se regularán por la referida ley, definiendo la misma ley cada uno de estos conceptos, de entre los cuales es necesario destacar la conservación del patrimonio ambiental cuyo significado legal es el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración; contaminación definida por la referida ley como la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energías o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente. Es contaminante todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido o una combinación de ellos cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo puedan constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población o a la conservación del patrimonio ambiental. Impacto ambiental, la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto, actividad en un área determinada y para terminar el análisis de conceptos relacionados con el tema que nos ocupa, corresponde referirse al concepto medio Ambiente libre de contaminación: este aparece descrito por la ley 19.300 como aquél en que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental. Vigésimo: Que el ar-

tículo 9° de la ley 19300, en consonancia con el contenido de su artículo primero, dispone que el titular de todo proyecto o actividad comprendido en el artículo 10, o sea susceptible de causar impacto ambiental, situación en la que se encuentra la recurrida, deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda, a fin de obtener las autorizaciones correspondientes, ante la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región. De la propia ley emana, congruente con el precepto constitucional, la cautela que el legislador exige cuando se trata de aprobar un proyecto que cause, en mayor o menor medida, impacto ambiental. Vigésimo Primero: Que los antecedentes reseñados en forma precedente, y los documentos técnicos que forman parte de este recurso, revelan que la empresa recurrida, Celulosa Arauco S.A. tiene una capacidad instalada que excede la capacidad que consideró el Estudio de impacto Ambiental; además dan cuenta prolija de trasgresiones e incumplimientos, por parte de esta, al Estudio de Impacto Ambiental aprobado, apareciendo evidente que estas actuaciones han implicado e implican actualmente, situaciones de riesgo ambiental que CONAMA ha tratado de reparar, mediante fiscalizaciones y exigencias. Vigésimo Segundo: Que los antecedentes vertidos en el proceso a través de informes técnicos, tales como: el contenido de metales pesados en el agua, entre los que merece destacarse el Hierro por la absorción que de este elemento hace el lucheillo, vegetal que constituye la mayor fuente de alimento para los cisnes; la parasitosis detectada en las aves que aparece consecuencial al estado de desnutrición de los mismos, y que habría producido una merma en la población de cisnes en el Santuario, constituye una muestra visible de un proceso de contaminación ambiental, en una zona de preservación de la naturaleza (aleña a las instalaciones industriales de la Planta Celulosa), que se encuentra amparada, además, por la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América, conocida como Convención de Washington, ratificada por Chile en 1968. Vigésimo Tercero: Que los reconocidos cambios de temperatura y de coloración a que han sido sometidas las aguas del Río Cruces en el proceso productivo de la Planta Celulosa Valdivia; la acreditada descarga de los efluentes en los términos irregulares que se han constatado y que quedan consignados en los documentos acompañados; el exceso de nutrientes detectados en el agua; el mayor volumen de descarga de aguas utilizadas en relación con el proyecto presentado y su correspondiente autorización, permiten afirmar a esta Corte que la empresa recurrida ha producido algún grado de impacto al medio ambiente, situación que implica la existencia de un proceso que constituye a lo menos, amenaza de contaminación, que en el momento del Estudio no se pudo prever ni

medir, no sólo porque éste se planteó en forma teórica, según lo permite el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en letra g), artículo 12, y que aparece de la propia lectura de la Resolución Aprobatoria (el muestreo de aves que se consideró por ejemplo), sino por el mayor volumen con que la Planta ha operado, situaciones todas que permiten llegar a la conclusión, de que la recurrida ha actuado en forma arbitraria e ilegal, lo que importa un atentado en contra de las Garantía Constitucional contenida en el N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política. No puede soslayarse el hecho de que en la evaluación de desviaciones se detectaron tres desviaciones calificadas como mayores, cada una de las cuales constituye, por sí sola, un impacto ambiental de importancia, lo que significa de acuerdo con la definición legal de impacto ambiental, que la empresa recurrida ha provocado directa o indirectamente, una alteración al medio ambiente por la actividad que desarrolla, debiendo adoptarse las acciones correctivas necesarias. De acuerdo con lo dicho, debe concluirse que la empresa recurrida ha realizado acciones que resultan transgresoras a normativas legales y reglamentarias expresas y que son, por lo mismo, arbitrarias, si se tiene en consideración que cualquier acción o conducta que se realice dentro de una actividad que se desarrolla bajo la tutela de la legislación ambiental, debe ser especialmente cuidadosa y racional, y por tanto tener justificación, ya que efectiva o potencialmente significa una repercusión medioambiental y en consecuencia una merma en el derecho fundamental a un medio ambiente libre de contaminación del que son titulares todos los individuos. Vigésimo Cuarto: Que de acuerdo con lo que dispone la Ley 19.300, la Empresa Arauco S.A., deberá someter su proyecto a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, por no haberse realizado este de acuerdo con sus condiciones materiales reales. Atendida la envergadura del proyecto y los efectos ambientales que el mayor volumen instalado implica agregar a los ya detectados en la zona, y que en consecuencia representan un eventual y peligroso aumento de contaminación ambiental, que debería influir en la condición de los humedales y del Santuario de la Naturaleza, atendida la gravitación e importancia que el Río Cruces —en cuyo caudal se descarga el agua procesada— tiene sobre la zona, teniendo presente, además, que el mayor incumplimiento y peligrosidad ambiental se detectó con respecto a los residuos líquidos, obliga a oportunas medidas. La pérdida de vegetación y especies animales; la amenaza que tales efectos implican para una zona en que la naturaleza está protegida por las características de esta; el hecho de que en el proceso productivo se toma y se elimina el agua desde y al Río Cruces y la obligación que este Tribunal tiene por imperativo constitucional de adoptar las providencias necesarias, aparece como ineludible suspender las

actividades de la Empresa recurrida, en tanto no se lleve a cabo el Estudio de Impacto Ambiental, dado el justo equilibrio que tal medida representa entre la obligación de velar porque este derecho no sea afectado y la acción amenazante que la conducta de la recurrida ha representado, que obliga a esta Corte a proteger en forma urgente. El transcurso del tiempo, atendidos los antecedentes considerados en esta sentencia, implicarían retardo en la protección de los derechos amagados. Vigésimo Quinto: Que de acuerdo con lo antes dicho y analizado no alcanzan a verse amenazados directamente, el derecho a la vida, el derecho a desarrollar una actividad económica, ni el derecho de propiedad, todos amparados a través de este Recurso, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. En mérito de lo considerado, disposiciones legales citadas, Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección y artículo 20 de la Constitución Política de la República, se resuelve: Que SE ACOGE, con costas, el Recurso de Protección deducido a fs. 1 en contra de Celulosa Arauco y Constitución S.A., representado legalmente por don José Vivanco, debiendo someterse a Estudio de Impacto Ambiental las modificaciones de hecho detectadas a la Resolución de Calificación Ambiental N° 279 de 1998 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos. Se dispone, además, la paralización de faenas de la Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A., mientras se realice el Estudio de Impacto Ambiental y hasta su aprobación. Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad. Rol N° 33-2005. Redacción de la Ministra señora Ada Gajardo Pérez.

SENTECIA CORTE SUPREMA:

Santiago, treinta de mayo de dos mil cinco. VISTOS: Se reproduce el fallo en alzada con excepción de sus fundamentos quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo noveno (sic), vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto, que se eliminan. Y teniendo en su lugar y, además, presente: 1°) Que de conformidad con lo prevenido en el N° 1° del Auto Acordado de esta Corte de 24 de junio de 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, la acción que establece el artículo 20 de la Constitución Política de la República debe interponerse dentro del plazo fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. 2°) Que la acción constitucional de fojas 1 se sostiene en la afirmación que el llamado Santuario de la

Naturaleza del río Cruces se ha visto contaminado debido a que Celulosa Arauco S.A. ha incumplido gravemente la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N° 279 de 1998, de la COREMA X Región, que permite el funcionamiento de la Planta Valdivia de Celulosa, ubicada en la comuna de San José de la Mariquina, provincia de Valdivia, según lo reveló el estudio de MA&C Consultores, encargado por dicho organismo público y que fue evacuado el 3 de octubre de 2004 y hecho público el mismo mes. 3°) Que, en consecuencia, los recurrentes tuvieron conocimiento de los actos –en su concepto ilegales y arbitrarios– que denunciaban, en alguna fecha indeterminada del mes de octubre de 2004 y, teniendo presente que la acción constitucional fue presentada ante la Corte de Apelaciones de Valdivia el 12 de enero del año en curso, resulta evidente que fue deducida en forma extemporánea, esto es, después de haber transcurrido el plazo de quince días señalado en el fundamento 1° de esta resolución. 4°) Que tan es así que los recurrentes, precaviéndose de una eventual declaración de extemporaneidad de su acción, sostuvieron a fojas 24 que la infracción a la RCA es un hecho que se ejecuta de manera continua desde el inicio de las operaciones de esta planta de celulosa por lo que su recurso se deduce dentro de plazo, es decir, se reconoce que ya había pasado el lapso de quince días exigido por el referido Auto Acordado desde que tomaron conocimiento del informe de MA&C Consultores. Y, desde luego, no se comparte la tesis de los recurrentes que un acto, por ejecutarse de manera continua, estaría renovando permanentemente el plazo para interponer el recurso de protección pues ello haría que la mayoría de éstos no tuvieran plazo para deducirlos, lo que, además de carecer de sentido, vulnera el texto expreso de dicho Auto Acordado que, como se dijo, estableció, para deducir la acción del artículo 20 de la Constitución Política de la República, un término fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos y, ya está dicho, los recurrentes supieron de las supuestas infracciones por parte de la recurrida a la Resolución de la Calificación Ambiental en el mes de octubre de 2004. 5°) Que el profesor Eduardo Soto Kloss, en su obra *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica, 1982, página 257, ha sostenido, precisamente, que tratándose de actos materiales –no jurídicos– e incluso realizados por particulares, aparece racional concluir que el agravio se produce al momento de conocerlo el afectado, es decir, el instante inicial del cómputo ha de establecerse en aquel momento en que el afectado adquiere conocimiento del hecho y tal hecho le signifique un agravio (ya como amenaza, como perturbación, o bien como privación en el legítimo ejercicio de un derecho amparado por el Recurso de

Protección). Y, constando en autos, como se dijo, que los recurrentes tuvieron conocimiento del informe de la empresa MA&C Consultores –que concluyó que la Planta Valdivia de la recurrida había incurrido en diecinueve desviaciones de la Resolución de Calificación Ambiental y que, por ende, es el sustento de la acción constitucional intentada– en el mes de octubre de 2004, el recurso, deducido el 12 de enero de 2005, es extemporáneo. 6°) Que aun cuando el recurso hubiera sido deducido dentro de plazo, que no lo fue, igualmente habría de rechazarse según se dirá en los considerandos que siguen. 7°) Que, desde luego, no hay prueba alguna que el río Cruces y, en lo que interesa, el Santuario de la Naturaleza Carlos Andwandter, haya sido contaminado por Celulosa Arauco S.A. al operar su Planta de San José de la Mariquina o que exista una amenaza de contaminación, término este último al que hay que darle su significado legal, de acuerdo con la letra c) del artículo 2° de la ley 19.300, en relación con el artículo 20 del Código Civil. En efecto, dictada la Resolución de Calificación Ambiental por la COREMA X Región, en el año 1998, la empresa consultora MA&C concluyó que se habrían producido diecinueve desviaciones a dicha resolución pero que sólo tres de estas son mayores, a saber: a) Aumento de capacidad potencial de producción de la planta de 550.000 toneladas anuales a 685.000 toneladas anuales. Sobre este particular, analizados los antecedentes que obran en autos, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, cabe concluir que no hay prueba alguna que demuestre que Celco está efectivamente produciendo más de la primera cifra anotada, que es la autorizada por la Resolución de Calificación Ambiental. No puede entenderse, entonces, que la recurrida ha contaminado las aguas del Cruces o que amenace con tal contaminación por el mero hecho de tener una capacidad eventual de mayor producción permitida. Los recurrentes han hecho, en oposición a lo anterior, el siguiente cálculo: dividen 550.000 por 365, lo que les permite arribar a la conclusión que la planta no puede producir más de 1.506 toneladas diarias. Ello, empero, no es aceptable, pues la autoridad ambiental obligó a la sociedad recurrida a no producir más de 550.000 toneladas anuales, sin fijarle cuotas diarias de producción, de manera que el monitoreo que debe hacerse a la planta en cuestión es por su producción hecha en un año, de manera que si en 100 días se superaron las 150.600 toneladas de celulosa, ello no puede servir de base para sostener que se ha sobrepasado la cuota antedicha de 550.000 toneladas anuales y habrá que esperar el término del período de un año para determinar si ha vulnerado dicha restricción. b) En cuanto al segundo cambio mayor, la instalación de una descarga alternativa de Riles, también está demostrado en el proceso y, en realidad, nunca ha sido controvertido, que ésta no ha operado en la práctica y ha

sido sellada por la recurrida en diciembre de 2004 (antes de presentarse el recurso de autos), lo que le consta a la autoridad medioambiental. c) Y en lo que toca a la tercera desviación mayor referida por MA&C Consultores, esto es, que las aguas del proceso productivo se evacuaban al río conjuntamente con las aguas lluvia, también es un hecho del proceso, no controvertido, que en diciembre de 2004 –antes de presentarse la acción constitucional de fs. 1– la persona jurídica recurrida separó dichas aguas, informándose de ello a la COREMA X Región. 8º) Que por lo demás, del informe de la Universidad Austral de Chile, se evidencia que las aguas del Cruces presentan una alta concentración de hierro, que afecta una planta llamada lucheillo (egeria densa), que constituye la principal fuente de alimentación de los cisnes de cuello negro que habitan el humedal. Al disminuir la cantidad de lucheillo, los cisnes, o mueren por desnutrición o emigran, encontrándose en los hígados de dichos animales altas concentraciones de hierro. No obstante, de los documentos acompañados por la recurrida a fs. 331, apreciados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se comprueba que la Planta Valdivia de Celco no sólo no lanza hierro a las aguas sino que en su proceso de extraer aguas del Cruces, tratarlas y verterlas de nuevo al río, extrae dicho mineral que ya tenían aquellas. En efecto, se desprende de un informe de la propia Universidad Austral de Chile de 1998, antes que entrara en funcionamiento la Planta Valdivia, que ya en aquella época el Cruces contenía nueve metales pesados, superando el hierro el límite de las aguas limpias. Y del estudio denominado Balance de Hierro en el Río Cruces–Sector Descarga de Efluentes de la Planta Valdivia, de 17 de mayo de 2005, elaborado por el Centro EULA de la Universidad de Concepción, se demuestra que la Planta Valdivia no aporta hierro al Cruces y que, al contrario, lo elimina. Queda de manifiesto, entonces, que no hay prueba suficiente para convencer a los sentenciadores que sea la Planta Valdivia de la recurrida la que esté causando la muerte o emigración de las referidas aves acuáticas, máxime si se tienen presentes los restantes documentos acompañados por la parte recurrida, como el informe del Centro Nacional de Tecnologías Limpias, empresa auditora ambiental internacional, que concluye que los parámetros ambientales de dicha Planta se están respetando, o los dichos de investigadores de la Convención Ramsar, en cuanto a que no existe evidencia empírica de que la Planta Valdivia sea la causante de una contaminación del Cruces. 9º) Que, por lo demás, del examen de los antecedentes se aprecia que las institucionalidad medioambiental establecida por la ley 19.300, está operando plenamente en el caso de autos, desde que la recurrida cuenta con una Resolución de Calificación Ambiental desde 1998 después de un Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la COREMA X Región, sien-

do este mismo organismo el que contrató a MA&C Consultores y que ha decretado sanciones administrativas contra Celco –que están actualmente reclamadas en los tribunales correspondientes en Valdivia– y que, en fin, está constantemente velando por el cumplimiento de la aludida resolución, sin perjuicio del juicio iniciado en el Primer Juzgado Civil de Valdivia por el Consejo de Defensa del Estado en contra de Celulosa Arauco S.A., por indemnización por daño ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1º del Título III de la referida ley 19.300. 10º) Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la COREMA X Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los Órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8º del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo. 11º) Que, en resumen, el recurso es extemporáneo y por ello debe desecharse y sin perjuicio de ello, no hay evidencia en estos autos que la recurrida, ilegal y arbitrariamente por un acto suyo, haya privado, perturbado o amenazado el legítimo ejercicio de la garantía prevista en el N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, presupuesto indispensable para que sea procedente una acción constitucional de protección como la deducida en autos. Y visto, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de esta Corte de 24 de junio de 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se revoca la sentencia de dieciocho de abril de dos mil cinco, escrita de fs. 259 a 287 y se decide que no se hace lugar a la acción constitucional deducida a fs. 1. Redacción a cargo del Ministro Sr. Kokisch. Regístrese y devuélvase con sus agregados. N° 1853–05 Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Jorge Rodríguez A., y Domingo Kokisch M. y Abogados Integranes Sres. René Abeliuk M. y Oscar Carrasco A. Autorizado por el Secretario Carlos A. Meneses Pizarro.

**RECURSO : 1853/2005 – RESOLUCIÓN:
10751 – SECRETARÍA : ÚNICA**

Santiago, dos de junio de dos mil cinco. Vistos: A fojas 338, téngase presente y, en su virtud, y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, se rectifica la sentencia definitiva de treinta de mayo del año en curso, escrita a fojas 334, en el siguiente sentido: en su considerando octavo, se reemplaza la frase elaborado por el Centro EULA de la Universidad de Concepción, por elaborado sobre la base de las muestras anali-

zadas por el Centro EULA de la Universidad de Concepción. Téngase la presente resolución como parte integrante de la antedicha sentencia. N° 1853-05. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Jorge Rodríguez A. y Domingo Kokisch M. y Abogados Integrantes René Abeliuk M. y Oscar Carrasco A. No firma el Ministro Sr. Kokisch y el Abogado Integrante Sr. Carrasco no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y ausente el segundo. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.

Luis Cordero Vega*

Entre la deferencia, los estándares de control judicial y los procedimientos administrativos.

Comentarios a las sentencias sobre el caso “Celco”.

I. El Contexto de un Debate

Para nadie es un misterio que el caso Celco seduce por el impulso a comentar sus alcances más allá de los límites jurídicos. De hecho, éste se ha vinculado a cuestiones de relevancia política, por lo cual analizar las circunstancias de un fallo impone una exigencia algo pretenciosa en dicho contexto¹.

Ser responsable de las decisiones regulatorias es base en un sistema democrático, de aquí que resulta razonable ubicar ámbitos donde los actos de un órgano de la Administración Pública cumpla con estándares adecuados. En efecto, una decisión de la envergadura a la cual se encuentra vinculada esta discusión debe incluir consideraciones de aspectos vinculados a reconocer imparcialidad resolutoria, pericia técnica y criterios políticos².

En un entorno institucional, la política de las decisiones administrativas se parece al pluralismo, a la democracia o a la competencia electoral. Si es practicada sólo por un individuo, la dispensación de favores, el intercambio de favores políticos o la fidelidad de los electores pueden aparecer como fuerzas similares. Si en cambio es adoptada por un colectivo, podremos compartir o debatir, pero los aspectos de influencia se ven a lo menos atenuados.

Pero abocándonos a la cuestión central del debate, lo que nos importa en este comentario es tratar de resolver la relación que debe existir en los órganos de la Administración y los jueces, lo que impone evaluar la relación entre decisiones técnicas y garantía de derechos.

En efecto, la discusión sobre la cual nos interesa focalizar nuestro comentario son los márgenes del control judicial frente a decisiones de contenido técnico de la Administración, asunto altamente

* Profesor de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Comentarios a lcordero@derecho.uchile.cl

¹ La sentencia de la Corte Suprema significó la interposición de una acusación constitucional, pero que fue desechada rápidamente. Esta discusión se ha reflejado en numerosas columnas de opinión, una crítica a la empresa involucrada desde los más diversos sectores, incluso los gremiales que le son propios y ha llevado a un cuestionamiento significativo de la institucionalidad ambiental, que aunque explicado hace varios años atrás, en este contexto se profundiza.

² EDLEY Jr., C., *Derecho Administrativo. Reconocer el control de la Administración Pública*, MAP, 1995, p. 35.

debatido por años, pero que aún no es posible limitar adecuadamente³, sobre todo cuando lo que está en juego es el recurso de protección⁴.

La cuestión se suscita por tres aspectos vinculados a este caso judicial:

- a. El recurso de protección es dirigido en contra de Celulosa Arauco S.A, y no contra la autoridad ambiental.
- b. La COREMA, teniendo como base estudios técnicos que ella encargó y de conformidad a la opinión de los servicios públicos con competencia ambiental en la materia, inició un procedimiento sancionador según lo señalado en el artículo 64 de la LBMA.
- c. En base a estos antecedentes la autoridad ambiental decidió ordenar una serie de medidas de corrección (prohibiciones de emisión, restricciones, información, etc.).

En este escenario la cuestión a despejar es si el juez puede resolver sobre la forma y modo en que una autoridad administrativa dictamina, desde la perspectiva técnica, sin consideración a los aspectos involucrados por la competencia entregada. Las respuestas de ambas Cortes son diferentes.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Valdivia⁵, reproduciendo un antiguo argumento en la materia, señala que:

“La Supremacía de la Carta Fundamental que informa a todo el ordenamiento jurídico y en particular los derechos fundamentales en ella reconocidos y garantizados, condiciona la actuación de cualquier órgano público, como susceptible de ser motivo del Recurso de Protección y en tal sentido, la materia sometida al conocimiento de este Tribunal, dice relación con un mandato Constitucional, de manera que la competencia que a esta Corte le ha sido entregada a través de este Recurso de Protección (...), se impone sobre las competencias reglamentarias asignadas a entes de la Administración, aun cuando ellos sean reclamables ante los Tribunales de Justicia (...).”

³ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 32, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 1995; PEÑARRUBIA IZA, J.M., “La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica”, *RAP* N° 136, 1995, pp. 327 y sgts; DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, 1997; IGARTUA SALAVERRÍA J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Cuadernos Civitas, 1998; SESIN, D.J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecionalidad y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. Edit. Lexis Nexis – Desalma, 2004.

⁴ Es por todos conocidos el debate que durante la década de los 90 existió entre la Contraloría y los Tribunales de justicia a propósito de la contiendas de competencia entre ambos poderes públicos, que se resolvieron a favor de la Contraloría. Las opiniones institucionales, que se han repetido en el tiempo, pueden encontrarse en ITURRIAGA, O., “opinión de la Contraloría General de la República sobre contienda de competencia”, *RDUFT Año I, N° 1*, 1993, pp. 63 y sgts. y en LIBEDINSKY TSCHORNE, M., “Opinión de la Corte Suprema sobre contienda de competencia”, *RDUFT Año I, N° 1*, 1993, pp. 75 y sgts.

Para doctrina ver, OLGUÍN RICHTER, A., *Estudio de las contiendas de competencia promovidas por la Contraloría General ante el Senado de la República*, Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, 2002; ALDUNATE LIZANA, “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, *RDUVCV N° 20*, 1999, pp. 225 y sigts; FERNÁNDEZ, M.A., “Procedencia del recurso de protección a propósito de una contienda de competencia”, *RDUACH N°7*, 1996, pp. 47 y sgts; RÍOS ÁLVAREZ, L., “Contiendas de competencia”, *GJ N° 168*, 1994, pp. 7 y sgts;

⁵ Considerando 7°.

La Corte Suprema⁶, en cambio, afirma que:

“(…) a través del recurso [de protección] se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida (...) haya sido dirigida en contra de la [autoridad ambiental], que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad [o de particulares, en su caso] han sido arbitrarios o ilegales [aunque tratándose de la garantía del N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad] y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo”.

Este fallo impopular, en el marco de una inaceptable inducción al error de una de las partes, aunque en mi opinión no en la resolución del fondo, significó un cuestionamiento a la idoneidad de los jueces. Por ejemplo, el profesor Patricio Meller⁷ se preguntaba: ¿cuánto saben los jueces?, señalando que “los jueces supremos se titularon hace alrededor de 45 años. Obviamente no estudiaron varias de las complejas materias sobre las cuales tienen que enjuiciar y dictaminar”, y termina afirmando que “a nuestro juicio, ya es hora de que los jueces en general, y los de la Corte Suprema en particular, sean sometidos a test de evaluación sobre su conocimiento en materias ecológicas y de regulación económica. Es fundamental que sus veredictos tengan una sólida fundamentación técnica.”

En nuestra opinión el problema no es si los jueces tienen o no una formación técnica consolidada y específica, lo que es deseable pero no esencial, porque lo que se encuentra tras esta discusión es la naturaleza de la relación entre las decisiones técnicas que son adoptadas por expertos (autoridad ambiental) y los jueces como sujetos garantes del sistema de derechos en el ámbito de las competencias institucionales que la Constitución ha encomendado a cada uno.

II. Primera premisa: La administración sirve para algo útil. Los contornos de la administración como reserva institucional⁸

Este debate nos ubica en el marco de una discusión tradicional: las competencias conferidas a la Administración son consecuencia del clásico, pero valorado sistema de separación de poderes o distribución de competencias, según se quiera exponer⁹. En efecto, la posición tanto de la Corte de Apelaciones como de la Corte Suprema se da en el marco de posiciones diversas sobre este punto.

⁶ Considerando 10°.

⁷ Diario El Mercurio, Cuerpo D, 03.07.2005, p. 15.

⁸ Vid. CORDERO VEGA, L., El procedimiento administrativo y la jurisdicción contenciosa administrativa, *La Justicia Administrativa* (Coord. Juan Carlos Ferrada), Edit. Lexis Nexis – Chile, 2005.

⁹ Cfr. PANTOJA BAUZÁ, R., *La organización de la Administración del Estado*, Edit. Jurídica de Chile, 1996.

Es nuestra opinión que la Constitución establece una distinción y separación de carácter organizativo y funcional, que postula como principio que sirve desde luego a la división o reparto del poder político, pero también al control de los titulares del poder; lo que pretende es que las decisiones públicas se adopten, en la medida más amplia posible, correctamente, esto es, por aquellos órganos que por su organización, composición, función y procedimiento de actuación dispongan de las mejores condiciones al efecto, lo que supone la existencia y el reconocimiento de reservas institucionales¹⁰. Asimismo, el principio de separación de poderes persigue facilitar una moderación del poder público en su conjunto¹¹. En definitiva, la finalidad fundamental de la separación de poderes, debe ser generar racionalidad en las decisiones estatales a través de estructuras diferenciadas¹².

El Parlamento, dentro del ámbito de sus competencias, tiene ciertas libertades regulatorias que frente a la Administración resultan más evidentes, en el entendido que corresponde a éste, de conformidad a la clave democrática de la Constitución¹³, definir las competencias y potestades de cada órgano administrativo¹⁴. Lo que sucede es que enfrentado a la definición normativa, el Parlamento puede

¹⁰ SCHMIDT – ASSMANN, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Edit. Marcial Pons, 2003, p. 190.

¹¹ PIERCE, SHAPIRO y VERKUL, *Administrative Law and Process*, Foundation Press, 1999, pp. 27 – 29.

La crítica funcional hacia la separación de poderes se ha centrado en los desplazamientos internos de diversos tipos de funciones, siendo un ejemplo muy ilustrativo de ello la creciente burocracia ministerial sobre el procedimiento administrativo, y en el mismo sentido el desplazamiento de los controles parlamentarios sobre la ejecución presupuestaria. Ver nuestro trabajo "Crisis y administrativización de la ley: Bases para la discusión de una reforma", *RDP*, V. 65, pp. 88 y ss.; en el mismo sentido, VALENCIA CARMONA, S., "Hacia un nuevo sistema político y constitucional", *Cuestiones Constitucionales*, N° 8 (2002), pp. 167 y ss; VALENCIA ESCAMILLA, L., "Modernidad Institucional y cambios en la función parlamentaria", *Cuestiones Constitucionales* N° 7 (2002).

¹² Como señala HABERMAS el hablar del "legislador", de la "justicia" y de la "administración", no hace sino velar o tapar la lógica de esa división de poderes ligada al Estado de derecho, en un plano de abstracción distinto regula quién y cómo puede disponer de qué clases de razones y el modo de hacerse de esas razones. La lógica de la división de poderes exige la institucionalización de distintos tipos de discursos y de las correspondientes formas de comunicación que –cualquiera sea el contexto de que se trate– abren posibilidades de acceso a las correspondientes razones. *Facticidad y Validez*, Edit. Trotta, 1998, p. 524.

¹³ En efecto, el artículo 62, inciso 4°, N° 2, establece explícitamente que es materia de ley "Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones". De esta manera la Constitución exige que sea la ley, como consecuencia de la deliberación Parlamentaria, la que defina que órganos Administrativos y potestades públicas deben ser de titularidad de la Administración. En otros términos, cada vez que se establece un órgano administrativo, se define un espacio público en el cual se debe diseñar e implementar políticas públicas exigidas por la ley e implementadas por la Administración.

¹⁴ Supuesto como hemos señalado que el sistema de distribución de competencias de la Constitución dispone de reservas institucionales, esta circunstancia nos lleva a afirmar que a la Administración se le debe reconocer un ámbito de autonomía e independencia para que la cláusula constitucional de poderes limitados tenga sentido. De manera tal que esta autonomía se refleja inevitablemente en su vinculación a la ley, bajo dos líneas de argumentación: Por un lado, la determinación de los hechos normativos; las regulaciones legales, por su propia estructura general y abstracta, puede prever las circunstancias vitales altamente cambiantes y diferenciadas con las que a diario debe enfrentarse la Administración de manera tan incompleta. De ahí que, desde el punto de vista metodológico, la ejecución de la ley no se agote nunca en una mera deducción esquemática o automática de decisiones singulares ya prefiguradas por el legislador, como durante años ha entendido un sector importante de la doctrina chilena (Soto, Fiamma, Aróstica), sino que consiste siempre en un proceso jurídicamente creativo en el que las instancias aplicadoras de la ley retienen espacios de decisión propia, en otros términos el modelo constitucional y la realidad exigen una "necesidad de concreción ineludible" de los supuestos abstractos de la ley. En este sentido ver HABERMAS en *Facticidad (...)*, ob. cit., p. 255 y 256.

Por otro lado, es inevitable que la programación normativa de la Administración esté en manos de la ley, y en consecuencia, del Parlamento. De manera que el legislador ocupa, y en la actualidad con mayor habitualidad, pluralidad de tipos normativos y diferencias estructurales que dirigen la capacidad de la Administración (Bullinger) (discrecionalidad, evaluación táctica, dispensa, evaluaciones técnicas, márgenes de apreciación, planificación, gestión), en otros términos la Administración tendrá mayores o menores niveles de decisión como consecuencia de que la ley lo quiso explícitamente, y no porque esta hubiese callado. En este sentido SCHMIDT – ASSMANN, *Tratado (...)* ob. cit., p. 212 – 215.

disponer de un principio de política que la Administración Pública, y sólo ella, deberá diseñar e implementar por la vía competencial; o bien, puede definir la política que la Administración simplemente ejecutará. En esta condición existen decisiones no sólo casuísticas de los enunciados competenciales o potestativos, sino que además lingüísticas¹⁵.

Por consiguiente, para la Constitución los límites estructurales a que se encuentra sometida toda programación normativa, ya sólo por necesidad de formular los limitados medios del lenguaje a un supuesto de hecho abstracto, son expresiones de un estado de normalidad. Precisamente en este contexto se inscribe la utilización por el legislador de conceptos normativos indeterminados, de cláusulas generales y de habilitaciones discrecionales, que confía en muchas ocasiones a la Administración en calidad de experto.

Estas cláusulas, tan habituales en materia ambiental, son cláusulas recepticias que por lo general combinan elementos sustantivos y procedimentales, y los procedimientos para su concreción deben incorporarse justamente por la importancia creciente de los ámbitos sectoriales de referencia en que operan. Precisamente, los importantes ámbitos en que estas cláusulas existen no se regulan adecuadamente sino a través de la procedimentalización de las estructuras que sirven para la concreción de los supuestos de hecho de las normas¹⁶, que en muchísimos casos como en la calificación ambiental, en la medida que constituye una autorización de funcionamiento¹⁷, requieren de guía y determinación por vía de la procedimentalización administrativa, lo cual más que una cuestión meramente adjetiva es la sustantividad de la decisión ambiental.

Así, entonces, el mayor grado de la precisión legal exige determinados tipos y estructuras de los procedimientos que permitan operacionalizar la política pública pretendida. La calificación ambien-

¹⁵ Esta cuestión se encuentra vinculada al debate sobre la reserva de ley. Esa última es entendida como la limitación que tiene la Administración, en las materias alcanzadas por la reserva, que no pueden ser reguladas originalmente por la Administración. Esta ha sido siempre fruto de un largo debate, que ha estado vinculado a las transformaciones en las cuales incide la Administración: la técnica, económica, ciencia, medio ambiente. Esta circunstancia ha dado origen a dos doctrinas: la primera que vincula la reserva de ley en la actividad de intervención o limitación y, la otra, que opera en el plano institucional. Pero con indiferencia de lo anterior, lo relevante es señalar que la reserva de ley debe ser vista desde un criterio de utilitario y consecuencialista. En otros términos, el sistema de reparto de competencias decisorias al interior del sistema de separación de poderes no puede verse desde una perspectiva abstracta (esencialidad). La hipotética aserción de que todas las decisiones en una democracia deben ser adoptadas por el Parlamento no se corresponden con el principio constitucional de distribución de funciones.

Si consideramos el debate de nuestro Tribunal Constitucional desde la década de los 90, podremos apreciar el hecho de que este define los límites de la intervención administrativa y la distribución de las competencias públicas en nuestro modelo constitucional. Son parte de este debate: STC Rol N° 146. Letreros Camineros I; STC Rol N° 167. Letreros Camineros II; STC Rol N° 185. Medio Ambiente; STC Rol N° 198. CDE – Drogas; STC Rol N° 220. Trasplante de Órganos; STC Rol N° 226. Prensa; STC Rol N° 244. Caza; STC Rol N° 245. Playas; STC Rol N° 253. Vivienda; STC Rol N° 254. Presupuestos; STC Rol N° 276. Plantas OOPP; STC Rol N° 282. Ace – Bolivia; STC Rol N° 325. Restricción vehicular; STC Rol N° 370. Estudio de impacto urbano; STC Rol N° 373. Áreas Verdes; STC Rol N° 376. Gasto Electoral; STC Rol N° 388. Tarifas transporte público; STC Rol N° 389. UAF.

¹⁶ Ningún procedimiento de regulación económica es posible de ser entendido, por ejemplo, sin la condición procedimental básica que debe dar cuenta de los supuestos de hecho esenciales para iniciar procedimiento de tal entidad. Vid. HANCHER y MORAN, La organización del espacio regulativo, en *Isonomía* N° 17, Octubre 2002, p. 11 y ss; BREYER, STEWART, SUNSTEIN, SPITZER, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Aspen Law & Business, 2001, p. 26 – 27.

¹⁷ Como ha sostenido la jurisprudencia administrativa, sobre las autorizaciones de funcionamiento la autoridad administrativa tiene un margen de apreciación mayor en beneficio del interés público, lo que se traduce en que el interesado no puede invocar derechos adquiridos, que esta se puede revocar, y que la apreciación de su evaluación corresponde al órgano técnico. "(...) este tipo de actos administrativos se caracterizan por ser esencialmente revocables, toda vez que en la medida que la Administración está facultada para regular la modalidad de funcionamiento de una actividad industrial o comercial, puede dejar sin efecto aquellos actos respecto de los

tal requiere antecedentes de contenido técnico que la Administración en calidad de experta está en condiciones de valorar dentro del ámbito de política pública. Ello exige al juez un estándar de racionalidad mayor al momento de determinar su evaluación y su consideración será sustantivamente diferente desde la perspectiva técnica, como es el caso objeto de este comentario.

III. Segunda premisa: Los procedimientos administrativos también sirven para algo

Un segundo aspecto vinculado a este caso es la existencia de tres procedimientos administrativos previos antes de la intervención judicial: el primero es el del licenciamiento del proyecto a través de la resolución de la calificación ambiental; el segundo es el procedimiento administrativo que estuvo destinado a la modificación de dicha calificación y, por último, el procedimiento sancionatorio por los incumplimientos de la licencia. En este contexto resulta relevante preguntarse acerca del rol que juegan estos procedimientos administrativos en la decisión sujeta a cuestionamiento judicial indirecto.

En efecto, el procedimiento administrativo es la base de la composición de variados intereses. La ley se encuentra en la imposibilidad de definir apriorísticamente en el propio texto el interés público concreto que la Administración debe custodiar o salvaguardar. Lo que sucede es que ante la complejidad que entraña la intervención del Estado en múltiples actividades, en materias como medio ambiente, en las que confluyen numerosos y variados intereses, todos ellos relevantes, resulta difícil aislar en sede legislativa soluciones y respuestas concretas susceptibles de definir con precisión la actuación a seguir por parte de la Administración¹⁸. Como resultado de esto es que se amplían los márgenes de intervención, con el fin de habilitar una composición casuística de los diversos intereses involucrados en la actuación administrativa¹⁹, que tienen su oportunidad en cada momento, según relatan los propios recurrentes.

cuales advierta –producto de una nueva apreciación o evaluación–, que han dejado de proteger el interés público que la normativa que los regula tiende a resguardar. En efecto, en tales casos, la protección del interés público general permite a la Administración revocar dichos actos, toda vez que razones de [interés público] exigen el cumplimiento permanente de los requisitos acreditados al momento del otorgamiento de la autorización o certificado respectivo, los que por ende, deben seguir cumpliéndose durante todo el período de vigencia de los mismos. A mayor abundamiento, cabe hacer presente que lo anterior está en armonía con la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, toda vez que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, exige el respeto de las normas legales que la regulen, entendiéndose por tales, no sólo las disposiciones de rango legal aplicables, sino también las disposiciones reglamentarias [...] la protección del interés público general involucrado en la dictación de dichos actos impide que puedan invocarse derechos adquiridos que habrían nacido bajo su amparo, dado que las autorizaciones o certificados de que se trata no tienen más mérito que permitir el desarrollo de una determinada actividad bajo ciertas condiciones reglamentadas y, a cuya observancia, debe adecuarse su ejercicio por los titulares.”

¹⁸ El procedimiento administrativo en esta óptica, exige identificar en su interior el interés público, que no es el interés del Estado o del ente público, sino el interés que deriva de la función procedimental entre el interés público hecho valer por el ente público y el interés privado hecho valer por el ciudadano o los interesados. Ese es el nuevo interés público. Todo ello no significa que el interés general deje de primar sobre el privado, pero sí exige considerar que el procedimiento administrativo repudia la decisión unilateral del Estado, sin la consideración de los intereses ciudadanos en juego. Esto implica dejar de lado la visión de un interés público rígido y predeterminado absolutamente por la ley. Sin embargo, esta forma de composición de intereses, mirando el interés público como interés de la colectividad, no debe confundirse con los intereses de grupo, pues su compromiso tiene que ver con su interés privado. Vid. CIERCO SIERA, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España (Bologna), 2002, p. 78 – 79.

¹⁹ Ver nuestro *Procedimiento Administrativo*, Edit. Lexis Nexis, 2003.

De este modo, es necesario considerar al procedimiento administrativo como la sede en la que el interés público abstracto previsto por la ley pasará a especificarse, por medio de una composición de los intereses involucrados, en el interés público concreto que habrá de informar la decisión finalmente adoptada.

El procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final, lo que justifica que sea precisamente la Administración Pública, y no otros poderes públicos, quienes decidan la implementación de las políticas públicas²⁰. De esta manera y ampliando las condiciones de participación de los ciudadanos²¹, se amplía la legitimidad democrática de la Administración y de sus decisiones, participando de un espacio de deliberación ausente en sistemas representativos²², pero que implica respetar sus contenidos.

Las decisiones de los procedimientos administrativos involucrados en el caso Celco fueron adoptadas por órganos de carácter colegiado, en donde existían diversos intereses expresados, sesiones públicas a las cuales asistieron otros interesados, de manera que sin calificar de ilegal su comportamiento, la autoridad ambiental adopta una decisión técnica en el marco de sus competencias procedimentalizadas.

IV. Tercera premisa: La deferencia necesaria

El eje central de este caso es hasta dónde pueden los jueces, mediante sus competencias, enfrentarse con las de la Administración, lo que supone comprender los límites de los estándares del control judicial. En efecto, históricamente los baluartes del principio de separación de poderes fueron diseñados para minimizar el riesgo de la Administración arbitraria. Sin embargo, la expansión de la Administración Pública, el conjunto de actividades que comienza a desarrollar, la expansión con el Estado de bienestar, así como la cada vez más sofisticada forma de burocracia experta, supone mirar la separación de poderes (o la distribución de competencias) desde la perspectiva de asignación de roles institucionales, en donde la administración tiene por reconocimiento constitucional una calidad de experto difícilmente rebatible (art. 38 CPR). Por ello el rol de los jueces y del control judicial implica una deferencia para con la pericia técnica administrativa, siendo la pericia en sí misma una limitación racional y profesional de la arbitrariedad.

La distinción entre función judicial y administrativa se explica por la voluntad de lograr el cumplimiento óptimo de cometidos materiales distintos, los cuales exigen métodos organizativos y procedi-

²⁰ PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y el procedimiento administrativo debido*, Edit. Lex Nova, 2001, p. 123.

²¹ El Tribunal Constitucional Español ha señalado que esta fórmula es la "democracia participativa", articulada entre otros medios a través de la participación procedimental que sirve de fuente de información para la Administración y puede favorecer el acierto y la oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, estableciendo un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos potencialmente afectados. STCE 119/ 1995, 22 de agosto.

²² Como indican PIERCE, SHAPIRO y VERKUL, esta cuestión obedece a un concepto de democracia plural, creada para explicar la carencia de la participación y el rol de los intereses de grupos en los procedimientos gubernamentales. A pesar de la falta de participación popular, las decisiones son consideradas democráticas, porque consideran diversas actividades políticas, como intereses de grupo. En *Administrative Law and Process*, Foundation Press, 1999, p. 27. En este sentido ver RUBIN, *It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative*, en *Cornell Law Review*, Vol. 89, Fall 2002. (Este artículo también se puede encontrar en <http://papers.ssrn.com/abstract=412584>).

mientos diferentes, adaptados a cada ámbito. Esta sería la función positiva de la distinción funcional que permitiría el correcto funcionamiento de la sociedad. Existiendo distintas funciones a realizar por el Poder, cada una de ellas debe ser realizada preferentemente por los órganos preparados para ello, quedando así ese Poder repartido funcionalmente entre los órganos preparados para ejercerlo. Se ha puesto de manifiesto que un principio de interpretación constitucional es el criterio de corrección funcional, que implica el necesario respeto por los agentes de las funciones estatales de la regulación constitucional de los cometidos respectivos²³. El principio de deferencia significa, por una parte, que los poderes públicos se deben una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía; por la otra, consiste en que los órganos del Estado reconocen y respetan las respectivas esferas de competencia en que cada uno tiene derecho a tomar decisiones con relativa autonomía²⁴.

El juez se enfrenta a la cobertura legal, es decir, si la Administración cumple la identidad de la ley y el acto. De modo que el debate sobre el control debiera encontrar bases en los criterios de autoridad y capacidad; en otros términos, el juez debe considerar dos tipos de deferencia, basado en el hecho en que es el legislador el que entrega esas competencias: Autoridad²⁵ y Capacidad²⁶. Esto es, llevar a cabo la exacta relación entre la construcción ambigua de una política pública definida por el legislador y la realización clara y real de dicha política²⁷.

La Administración está mejor equipada que el Poder Legislativo o Judicial para enfrentarse con problemas complejos, debido a su diseño institucional: su personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, así como la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones²⁸. En virtud de su constante exposición a un solo tipo de problemas, así como mediante la selección de personal por entrenamiento especializado, la actividad administrativa comporta un grado de especialización que los Tribunales y los Parlamentos, habida cuenta de su carácter generalista, rara vez podrían alcanzar. Aun cuando la actuación administrativa no tenga el conocimiento científico exigido o la experiencia técnica requerida para llegar a soluciones definitivas al comienzo de sus operaciones, el modelo expertocrático de la Administración imagina que con el tiempo la experiencia y la investigación producirán juicios administrativos crecientemente correctos²⁹. Por otra parte, el hecho de que sea el Presidente de la República el titular de la función de Gobierno y Administración, así como el hecho de que la Administración esté condicionada jerárquicamente a su figura (artículo 38.2 CPR y art. 1º LOCBGAE), dota a la Administración de una legitimidad democrática mediata,

²³ HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, 1983, p. 49.

²⁴ ZAPATA, P., *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Parte General, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, 2002, p. 69.

²⁵ Basada en una condición de legitimidad constitucional. El legislador entrega esa competencia normativamente a la administración, mediante el acuerdo del Presidente de la República y el Congreso, como consecuencia del artículo 62. 4. Nº 2, lo que implica someter dichos órganos a la responsabilidad que el sistema constitucional diseña frente al Presidente y el Congreso.

²⁶ Basada en una condición de confianza definida también por el legislador, es decir, la creación de un órgano estatal provisto por expertos. Esta es la idea que se encuentra tras el contenido y redacción del inciso 1º del artículo 38 de la Constitución, en cuanto afirma que "Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes".

²⁷ MASHAW, J., *Agency Statutory Interpretation*, Public Law & Legal Theory. Research Papers Series Nº 33. Yale Law School.

²⁸ GELLHORN y LEVIN, *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., 1997, p. 2.

²⁹ MASHAW, J., *Due process in the Administrative State*, N. H., 1985, p. 19.

con la correlativa responsabilidad política de aquél (art. 48 N° 2 CPR) por su gestión, que se hace más adecuada para el servicio responsable de los intereses generales desarrollados a través de la discrecionalidad de las políticas públicas implementadas por el Gobierno³⁰.

Todo lo anterior exige al juez una definición previa de los límites de sus competencias para apreciar adecuadamente el problema que debe resolver, lo que no significa reconocer zonas exentas de control judicial sino que tan sólo una forma de aproximación del juez al conflicto que debe resolver, sobre todo si en virtud de la condición de experto el Estado ha adoptado decisiones para salvaguardar los intereses en juego.

V. Cuarta premisa: Por qué tiene sentido la existencia previa de un procedimiento administrativo en el caso de control judicial

Es evidente que hasta ahora en el Derecho chileno ha existido una amplia preeminencia del control judicial que se ha profundizado por la inexistencia, hasta hace un par de años, de una ley de bases de procedimiento administrativo y por la utilización excesiva e irracional del recurso de protección. De esta manera, los tribunales han tendido a asumir la responsabilidad de controlar la corrección del contenido de las decisiones administrativas y conducen a que el derecho procedimental administrativo aparezca minusvalorado como garantía de corrección de la actuación administrativa. Así, se ha situado en primer plano el papel del proceso judicial como foro de esclarecimiento de intereses, lo que explica hoy la inutilidad del recurso de protección como medio adecuado de solución de estas controversias³¹.

Entender que el procedimiento administrativo, en particular el vinculado al medio ambiente, es un espacio de deliberación pública en donde la Administración concurre conjuntamente con los interesados, permite suponer que las decisiones estatales deben ser de mejor calidad e implica trasladar el debate de las políticas públicas a un lugar más adecuado, distinto a un tribunal.

La relación entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial está dominada por dos ideas contrapuestas: la separación que existe entre estas dos clases de procedimiento y la relación funcional entre ellos. De acuerdo al principio de separación, ambos procedimientos son diferentes en cuanto a sus funciones, al papel que desempeñan las partes y la regulación jurídica, pero sobre todo por lo que respecta a la posición del sujeto responsable del procedimiento: en el procedimiento administrativo,

³⁰ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces (...)*, *passim*.

³¹ FERRADA señala que "el recurso de protección ha afectado profundamente el sistema de control de la actividad administrativa", transformándose en un "contencioso administrativo ordinario", por la vía factual, "siendo completamente disfuncional" con los requerimientos jurisdiccionales que dan cuenta de las disputas entre los ciudadanos y la Administración. En "La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial", *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Edit. Jurídica de Chile, 2003, p. 86 y 87, y en "El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo", *La justicia Administrativa*, ob. cit., p. 163.

Desde la perspectiva de la evidencia CARMONA SANTANDER, en un notable trabajo, ha concluido que desde su instalación el empleo del recurso de protección ha crecido un "7200%" (1978 - 2001), lo que se traduce en su completa inutilidad. En efecto, sólo el 13,9% de los recursos son acogidos, existe una altísima tasa de inadmisibilidades (43%) y además, reforzando la tesis de Ferrada, la mayoría de ellos están dirigidos contra órganos administrativos (aprox. 64%). En "El contencioso administrativo entre 1990 - 2003", *La justicia Administrativa*, ob. cit., pp. 185 y sgts.

la Administración está siempre vinculada a los intereses públicos (al interés público sectorial de que se trate en cada caso) y nunca es neutral, ni siquiera en los procedimientos en los que se enfrentan una pluralidad de intereses privados y le corresponde en cierto modo una función de resolución de conflicto. En cambio, el Tribunal sólo debe perseguir la tutela del ordenamiento jurídico vinculada a la lesión del derecho. Incluso cuando su función se reduce a un control objetivo de la acción administrativa, no le corresponde lograr la satisfacción del interés público sectorial de que se trate en cada caso³². La acción administrativa y su control se mueven en planos diferentes y tienen perspectivas que no deben confundirse³³.

El problema en este caso es que la Corte de Apelaciones de Valdivia prescinde de los procedimientos previos y competencias de la autoridad ambiental, que en marco de su razonamiento también deberían ser ilegales. La presentencia de la actividad administrativa, en cuanto al contenido de las decisiones para enfrentar el problema, es lo que torna en absurda la disputa jurisdiccional, pues por la vía de la "vulgarización" del artículo 19, N° 8 de la CPR, se prescinde de las competencias de la autoridad ambiental, sin pronunciarse además concretamente sobre la legalidad de ellas.

VI. Conclusiones. Entre la utilidad e inutilidad

1. La forma y modo en que se define jurídicamente el caso Celco, da cuenta de la necesidad de precisar los ámbitos que corresponden adecuadamente a la relación entre la Administración y los jueces en lo que a control de sus actividades se refiere, considerando sobre todo los ámbitos de decisión técnica. Tanto la Administración como los jueces tienen roles definidos institucionalmente por la Constitución. No es útil pensar que la distribución de poderes públicos no tiene un efecto en el diseño constitucional.

3. El sistema de distribución de poderes públicos fue diseñado para minimizar el riesgo de la Administración arbitraria. Sin embargo, la expansión de la Administración pública, el conjunto de actividades que comienza a desarrollar, así como la cada vez más sofisticada forma de burocracia experta supone mirar la distribución de competencias desde la perspectiva de asignación de roles institucionales, en donde la Administración tiene por reconocimiento constitucional una calidad de experto difícilmente rebatible (art. 38). Por lo tanto, los jueces deben una deferencia para con la pericia técnica administrativa, siendo la pericia en sí misma una limitación racional y profesional de la arbitrariedad, lo que explica la existencia del procedimiento administrativo.

4. Es la Administración, y no los jueces, la que debe valorar adecuadamente la información técnica, salvo que esta última violente los supuestos centrales de la decisión, tales como los supuestos de

³² Los jueces son los frenos institucionales, en cambio la Administración es la aceleradora institucional. Un juez puede decir "Cuando se encuentre en la duda es necesario proteger la norma constitucional de poderes limitados", en cambio una Administración prudente debe afirmar "cuando existe duda la implementación de la ley debe ser eficaz". Esto implica determinar prudencialmente la distribución de competencias entre los diversos poderes públicos, y los órganos administrativos, de forma que los jueces y la Administración, frente a las normas administrativas, pueden y deben tener posiciones distintas, pues provienen de contextos normativos diferentes. En MASHAW, *Agency Statutory Interpretation*, ob. cit.

³³ SCHMIDT - ASSMANN, *ob. cit.*, p. 381.

hecho o de competencia normativa. En el caso Celco, la autoridad ambiental instruyó tres procedimientos administrativos que lejos de la condición adjetiva, trataron de dar respuesta adecuada a la controversia entre los interesados, y supusieron la valoración de la información técnica que la propia autoridad generó, sin que dichos actos hubiesen sido cuestionados por los jueces.

5. Por esta razón resulta cuestionable la decisión de la Corte de Apelaciones de Valdivia de acoger un recurso de protección valorando la documentación técnica, sin tener la idoneidad de diseño que exige la Constitución. En efecto, aceptar el recurso desde esa perspectiva es sustituir la decisión administrativa, lo que es aún más evidente si se aprecia que el recurso no es contra la autoridad ambiental, pero se termina adoptando una decisión que en los hechos sustituye la decisión administrativa terminal en el caso.

6. La solución que da la Corte Suprema, más allá de la torpeza en la forma de resolver la cita de un supuesto estudio que en mi opinión no es determinante para su conclusión, no es sino reconocer la lógica de distribución de competencias públicas y admitir la deferencia necesaria.

7. Lo que está detrás de esta disputa son los límites e intensidad del control judicial. En efecto, el problema es resolver la interrogante: ¿de dónde toma el juez revisor el juicio preliminar, intuitivo, acerca de la corrección y sensatez de la opción de un órgano administrativo? La deferencia juega un importante rol si capta, en términos generales, aquellas cualidades de la opción o del proceso decisorio del órgano administrativo que tienden a persuadir a un revisor generalista (Juez), no experto en la materia que revisa, de que el resultado es correcto y acertado, y siempre que éste acepte que sus competencias en esa materia son limitadas.

8. Por último, este caso da cuenta de la completa inutilidad del recurso de protección como medio adecuado para resolver estas controversias, pues por la vía de la "vulgarización de derechos", la indeterminación procedimental, la ausencia de límites claros a la intervención judicial frente a competencias públicas y por último, la inexistencia de claridad sobre los efectos que genera, supone una vez más reconocer que no es ni técnica ni políticamente el espacio en donde las pretensiones de los interesados tengan acogida. Por esta razón un juez debe valorar la existencia de procedimientos administrativos sustantivizados a la decisión como medio de amparo de los intereses en juego.

Valentina Durán Medina¹

Comentario a las sentencias sobre el caso “CELCO”

I. Introducción

Si algo positivo podemos rescatar del caso CELCO Valdivia y del lamentable daño producido en el ecosistema del Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanger en el Río Cruces, es que por primera vez el tema ambiental ha acaparado seriamente las portadas de los diarios por un tiempo prolongado, cubriendo las páginas económicas y editoriales, y llevando al ámbito nacional un debate que antes se limitaba a un estrecho círculo. Las imágenes de los hermosos cisnes de cuello negro agonizantes, símbolo visible y conmovedor del amplio deterioro de un ecosistema frágil, dieron la vuelta al mundo, al tiempo que se puso en jaque una inversión de 1.200 millones de dólares con una producción de 550.000 toneladas anuales de celulosa kraft blanqueada de pino radiata y eucaliptos². Esto conmovió a la opinión pública y CELCO se transformó en caso de estudio en nuestras aulas, y tema obligado de empresarios, políticos y opinólogos de la más variada especie, faltando aún un largo camino por recorrer y encontrándose pendientes varios procesos.

Desde la perspectiva del Derecho y de las políticas ambientales, hay muchos temas que nos inquietan a raíz de este caso, como son la pretendida falta de certeza jurídica para la inversión³ y la relación entre la Ciencia y el Derecho. Sin embargo es ésta la ocasión de comentar el polémico fallo emitido por los Ministros Ortiz, Rodríguez y Kokisch de la Primera Sala de la Corte Suprema, que el 30 de mayo de 2005 revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Esta última, conociendo una acción constitucional de protección interpuesta por el abogado Vladimir Riesco y otros, vinculados

¹ Abogada, Master (DEA) en Derecho Ambiental de la Universidad de París I. Profesora Asistente y Coordinadora de investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El presente comentario ha sido escrito en colaboración con el equipo del Centro de Derecho Ambiental, formado por su director, Prof. Sergio Montenegro, el investigador José Ignacio Pinochet, y los ayudantes Julio García, Ingrid Henríquez y Daniella Ramírez, reuniendo reflexiones desarrolladas en conjunto entre julio y septiembre de 2005.

Agradecemos el aporte de don Cristóbal Barros y de todos los asistentes al taller de análisis del caso, realizado el 14.06.2005.

² Más información en la página de CELCO en www.celco.cl y en el expediente del proyecto en el portal del sistema de evaluación de impacto ambiental en www.e-seia.cl.

³ Véase al respecto la carta publicada en el diario financiero por la autora de este comentario, el 31 de agosto de 2005, y la columna “Medio ambiente, certeza jurídica e inversión” publicada en El Mostrador el 4 de septiembre de 2005.

al movimiento Acción por los Cisnes, había dispuesto la clausura temporal de la planta y ordenado a la empresa someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental todas las modificaciones efectuadas al proyecto desde su aprobación en 1998.

Sin pronunciarnos sobre la acusación constitucional que esta sentencia provocó, y que no prosperó, el fallo nos llamó fuertemente la atención fundamentalmente en tres aspectos: la forma en que se declaró la extemporaneidad del recurso; la definición de la misión de los órganos jurisdiccionales en el recurso de protección ambiental, y la apreciación de la prueba. Examinaremos estos tres puntos para finalmente aportar una breve conclusión en referencia a la reciente reforma constitucional que modificó la procedencia del recurso de protección en materia ambiental.

II. Extemporaneidad del recurso

La Corte declara extemporáneo el recurso por haber transcurrido más de quince días desde la fecha en la que los recurrentes tomaron conocimiento de un informe de una consultoría. Sin embargo, esta extemporaneidad no fue advertida ni por la Sala Tramitadora de Valdivia, que estimó que había sido interpuesto en tiempo y forma, ni por la defensa de CELCO, que no utilizó este argumento en ninguna instancia. Siendo usual que tratándose de recursos de protección la Corte Suprema se pronuncie sobre una posible extemporaneidad aun cuando no la aleguen las partes, en este caso la Corte hizo prevalecer la materialidad de un informe del que se toma conocimiento por sobre la contaminación diaria de las aguas y su impacto en el ecosistema del santuario del Río Cruces. Con esta apreciación el máximo tribunal contradujo su reiterada jurisprudencia, que data de a lo menos veinte años, según la cual en aquellos actos de desarrollo permanente y continuo, como son aquellos que causan contaminación, un recurso de protección no puede ser extemporáneo mientras la acción contaminante persista, e incluso mientras los efectos persistan aunque hayan cesado las acciones. Algunos ejemplos de este criterio son:

- La histórica sentencia de la Corte Suprema en el caso Chungará, de 19 de diciembre de 1985, en autos caratulados "Palza Corvacho, Humberto con Director de Riego de la Primera Región y otros"⁴.
- La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de diciembre de 1990, confirmada íntegramente por la Corte Suprema, el 20 de diciembre de 1990, en autos sobre

⁴ Aquí la Corte Suprema consideró "Que los datos aparecidos en el curso del año, consistentes en solicitud de la Dirección de Riego sobre derecho de aprovechamiento sobre las aguas del lago Chungará publicada en el Diario Oficial, de 15 de febrero, de fojas 3; declaración conjunta de 9 de mayo entre la Universidad de Tarapacá y la Dirección de Riego acerca del uso del lago, de fojas 5; acuerdo de la Corporación Nacional Forestal de 7 de mayo, de fojas 7; Registro de Consultores acerca de implicancia ambiental en el ecosistema del lago Chungará, publicado en el Diario Oficial, de 20 de mayo, de fojas 9; declaraciones del Ministerio de Obras Públicas acerca de la extracción de los caudales del lago, publicadas en el diario El Mercurio, los días 14 de mayo y 7 de junio, de fojas 23 y 23 vta., que se valoran en conciencia, indican que las actuaciones relativas al uso del caudal del citado lago no constituyen un hecho aislado, sino más bien se trata de una sucesión ininterrumpida de gestiones tendientes a subsanar los problemas relacionados con tal determinación, de suerte que esos actos se han renovado día por día y configuran un estado indivisible, que perdura hasta hoy. En consecuencia, la protección está deducida durante la ejecución de los trabajos y se encuentra dentro de plazo".

recurso de protección caratulados “Espinoza Aravena, Adela y Otros con Sociedad Maestranza Italia Limitada”⁵;

- La sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 19 de mayo de 1995, confirmada íntegramente por la Corte Suprema, 11 de octubre de 1995 en autos caratulados “González Arancibia, Daniel Alejandro y otros con Fiordo Blanco S.A”. En este caso, en que se recurrió contra una empresa que instaló un vertedero ilegal de desperdicios o desechos industriales provenientes de su planta faenadora de salmones, del que emanaban emanaciones pestilentes, y que contaminaba aguas continentales y marítimas, la recurrida no alegó extemporaneidad del recurso, y sin embargo, la Corte de Apelaciones se refirió al tema del plazo, resolviendo que, aun habiendo cesado la actividad contaminante, procedía acoger el recurso al seguir manifestándose sus efectos⁶.

III. Misión de los órganos jurisdiccionales en el recurso de protección en materia ambiental

En el considerando 10º de la sentencia, la Corte Suprema declara que es improcedente que los tribunales reemplacen a la autoridad ambiental en el ejercicio de sus funciones. Señala la Corte que la misión de los tribunales en el recurso de protección se limita a determinar si los actos recurridos han sido arbitrarios o ilegales y han afectado algunos de los derechos fundamentales contemplados en el Artículo 20 de la Constitución. Extrañamente, en el mismo fallo la Corte no honra dicha misión, pues no se pronuncia sobre si la actuación del recurrido es arbitraria e ilegal, optando en cambio por declarar extemporáneo el recurso para luego señalar por qué, a su juicio, igualmente habría debido rechazarlo. Y en este razonamiento la Corte no sólo no analiza la arbitrariedad e ilegalidad del acto sino que llega a una sorprendente conclusión sobre la afectación del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁷.

Al exponer la misión de los tribunales en el recurso de protección, la sentencia nos recuerda un dilema no resuelto. Ante problemas que plantean una gran complejidad técnica que está sometida a la apreciación de organismos técnicos de la Administración, los Tribunales tienden a inhibirse de entrar al fondo, no sólo en materias ambientales por cierto, y no sólo en nuestro país.

⁵ Esta sentencia señala “(...) Que la forma de computar el plazo de quince días aludido no presenta dudas cuando la arbitrariedad o ilegalidad que la producen se consuma en un solo acto o hecho, caso en que el plazo se cuenta desde la fecha en que ello se produce; pero esta forma de computar el plazo aludido no es posible aplicarla respecto de actos o hechos complejos, de larga duración y cuando ellos se producen o consuman día a día, momento a momento, sea porque se repiten por el agente o porque son continuos, casos en que el plazo para interponer el recurso comienza a correr desde el término del acto o hecho complejo o a partir de su renovación. En el caso que se analiza se está en el caso de la segunda situación señalada, pues el recurso dice relación con una actividad industrial que día a día produce los trastornos que se denuncian por los recurrentes, de modo que debe concluirse que el Recurso de Protección fue presentado dentro de plazo”.

⁶ Señala la Corte de Puerto Montt: “Que del informe evacuado por el Dr. Mora, el que se encuentra avalado por el Director del Servicio de Salud de Llanquihue, Chiloé y Palena, se colige que si bien el vertedero N° 4 ya se encuentra cerrado y fuera de operaciones, no es menos cierto que de ahí emanan olores nauseabundos, existen vectores y está ubicado a 150 metros de cursos de agua, siendo así aún foco permanente de contaminación del aire y del estero existente a poca distancia del lugar”.

⁷ Como veremos, los sentenciadores, en su particular aplicación de las reglas de la sana crítica, parecen interpretar en su considerando 8º que la planta no sólo no habría afectado al medio ambiente del río Cruces, sino que lo estaría descontaminando al extraer el hierro de sus aguas.

Parte de la doctrina y jurisprudencia estima que el control jurisdiccional de los actos de la administración no puede llevar a que un tribunal dicte un acto administrativo de reemplazo. Esto es aún más difícil de concebir tratándose de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que pone término a un proceso reglado, en el cual el tribunal no ha participado, y con mayor razón cuando se conoce de una acción cautelar, sumarísima y de urgencia como es el recurso de protección⁸. Admitiendo entonces que no sería función de las Cortes dictar una RCA de reemplazo, estimamos que éstas, tratándose de una acción cautelar de urgencia, pueden y deben ordenar otras medidas que busquen restablecer el imperio del derecho, ello con prescindencia de si el recurso se dirige en contra de la empresa o de la autoridad, y sin importar que el destino de la actividad contaminante vuelva a caer en definitiva en manos de la autoridad administrativa.

La sentencia cae en una contradicción, Es público que el mismo organismo técnico que la Corte no quiso "reemplazar", la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la X Región, no sólo había sometido a la empresa a múltiples procesos sancionatorios por sus incumplimientos, sino que había entregado los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado para que éste ejerciera la acción por daño ambiental, lo que era ya un indicio de la ilegalidad y la arbitrariedad de la actuación de la empresa, y por cierto, del daño ambiental. La Corte, a pesar de reconocer diecinueve incumplimientos a la RCA por parte de la recurrida, de los cuales sostiene, sólo tres serían mayores, estima que ninguno de ellos constituiría siquiera una amenaza de contaminación.

A pesar de las incoherencias del fallo de Celco, al declarar que no le corresponde reemplazar a la autoridad administrativa en sus apreciaciones técnicas, aunque después lo haga, la Corte nos recuerda su sentencia de 19 de junio de 2002 en el "caso Itata". Ésta había revocado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que había acogido el recurso de protección interpuesto en contra del Consejo Directivo de la CONAMA con ocasión de la aprobación del proyecto de construcción y operación de un complejo industrial por la misma empresa CELCO. El recurrido era en ese caso la autoridad, y no la empresa, y el acto agravante era la aprobación de una RCA. En aquella sentencia⁹, comentada por Mario Galindo en la Revista de Derecho Ambiental¹⁰, la Corte además se refiere a la RCA (que es una resolución que terminando con el proceso de evaluación de impacto ambiental llevado en "ventanilla única", autoriza el funcionamiento de una actividad) como una valoración técnica de la autoridad integrante de la inofensiva categoría de "acto administrativo de opinión", desprovista de resultado ma-

⁸ Este punto en relación con las RCA está muy bien tratado en el artículo de Mario Galindo Villarroel "Sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección", en Revista de Derecho Ambiental, Año 1 N°1, 2003, publicación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 143.

⁹ "Modesto Sepúlveda, en representación Ilustre Municipalidad de Portezuelo y otros contra Consejo Directivo de CONAMA, en contra de la resolución que califica favorablemente EIA "Proyecto Forestal e Industrial Itata".

¹⁰ Mario Galindo Villarroel, Op. Cit.

terial que pueda producir un menoscabo en un derecho fundamental¹¹, agregando en el considerando 7º, que descarta la arbitrariedad, que la RCA de la especie era el resultado del actuar de un ente colectivo, que había contado con numerosos antecedentes a la vista; que por lo tanto no podía ser arbitraria o producto del mero capricho, y que se refiere además a una actividad futura por lo cual sólo el tiempo podría decir si había sido equivocada. En el considerando 8º finalmente, la Corte descarta la ilegalidad por no tratarse de la vulneración de una ley propiamente tal.

Sería CELCO un nuevo tipo, imperfecto, de aplicación de la doctrina del caso Itata (un "Itatazo", según expresión acuñada entre los especialistas).

Si seguimos el razonamiento de ambos fallos de nuestro tribunal superior, vemos que de alguna manera los Ministros le atribuyen a la autoridad administrativa ambiental el monopolio de la determinación de la legalidad, racionalidad y bondad de los actos que cuenten con una autorización de funcionamiento como la RCA. Y teniendo un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental obligatorio en nuestro país desde 1997, es difícil concebir afectaciones graves al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que no se produzcan en el contexto de una actividad aprobada por una RCA.

De este modo, al no existir otras vías idóneas para controlar la discrecionalidad administrativa en materia ambiental, la garantía constitucional del 19 N° 8, que consagra no sólo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino también el deber del Estado de velar para que este derecho no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza, se transforma en letra muerta en un gran número de supuestos, vulnerándose el principio de Inexcusabilidad de la Jurisdicción, establecido en el artículo 10 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales.

IV. Apreciación de la prueba

Se suscitó una fuerte controversia pública en torno a la autoría de uno de los informes que la Corte Suprema tuvo a la vista para fundamentar su resolución. El recurrido atribuyó la autoría del documento «Balance de hierro en el río Cruces/sector descarga de efluentes de la planta Valdivia» al prestigioso Centro EULA de la Universidad de Concepción, lo que fue categóricamente desmentido por dicha entidad académica, que señaló que sólo se habían efectuado toma de muestras en el Río Cruces y análisis de éstas, pero que el informe había sido elaborado por la misma empresa. A causa de este

¹¹ Señala el considerando 4º de la sentencia del caso Itata: "4º) Que, como resulta fácil advertir de la lectura y análisis tanto de los escritos como de los antecedentes reunidos, el fundamento del recurso no es la perpetración de algún acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o atente contra el ejercicio de las garantías constitucionales invocadas —salvo en la parte que se dirá más adelante—, puesto que se cuestiona la apreciación contenida en una Resolución que se limita a calificar favorablemente un "proyecto" de orden industrial; autorización o informe que constituye tan sólo uno de los numerosos eslabones que deben preceder a un proyecto de la naturaleza, entidad e importancia del que se pretende impugnar por la presente vía, lo cual se basa en el temor de que el funcionamiento de la industria pueda producir contaminación ambiental, lo que necesariamente constituye una situación futura. Esto es, el recurso persigue una finalidad impropia de su naturaleza cautelar, puesto que pretende impedir la instalación del complejo industrial de que se trata, por la vía de impugnar una resolución que constituye solamente uno de los requisitos para que aquel pueda concretarse, imputándole la calidad de ilegal, arbitraria y violatoria de numerosas garantías constitucionales, algunas de las cuales son del todo ajenas a la materia que se debate, lo cual ha quedado en evidencia por el informe impugnado, pues por su propia naturaleza, este acto no ha producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan prevenir, desde que se trata de la valoración técnica que hizo una autoridad, esto es, un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que haya producido un menoscabo en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, y menos aún, que haya originado una contaminación en el medio ambiente."

desmentido público, la Corte Suprema se limitó a modificar de oficio el considerando octavo de su fallo, en el sentido de reemplazar la frase "elaborado por el Centro EULA de la Universidad de Concepción" por "elaborado sobre la base de las muestras analizadas por el Centro EULA". Los abogados, que atribuyeron esto a un "error involuntario", se vieron forzados a renunciar a la defensa de la empresa.

Este grave hecho, puesto en perspectiva resulta casi anecdótico, pero sumado a que la Corte Suprema haya apoyado su conclusión en los "*dichos de los investigadores de la Convención Ramsar que mostrarían que no existe evidencia empírica de que la planta Valdivia sea la causante de la contaminación del río Cruces*", dichos que no constaban en el expediente ni configuraban una verdad evidente, desacreditan aún más la conclusión de la Corte que estimó que "*no hay prueba suficiente para convencer a los sentenciadores que sea la planta Valdivia la que esté causando la muerte o emigración de las referidas aves acuáticas*".

Podemos aceptar que es difícil para un jurista comprender a cabalidad los informes técnicos que, con diferencias de método y profundidad, informaban al tribunal sobre la causalidad entre la actividad de la planta y los graves cambios en el ecosistema. Tanto el informe del ingeniero químico Claudio Zaror como el Informe de Mac & C Consultores y el informe científico de la Universidad Austral, conducido por el Dr. Jaramillo, contienen términos químicos y biológicos que escapan a la formación del abogado. Sin embargo, con una mediana detención, la Corte de Apelaciones de Valdivia supo otorgarle la credibilidad que merecían sus conclusiones. Si aún así los Ministros sentenciadores de la Corte Suprema tenían alguna duda, podrían haber dispuesto como medida para mejor resolver, la realización de un estudio o peritaje independiente, tal como lo permite el Auto Acordado sobre la tramitación del recurso de protección. Para quienes leímos el informe de la Universidad Austral nos es fácil apreciar el mérito científico de sus conclusiones.

A pesar de ello, los sentenciadores obviaron la clara y contundente conclusión del informe de la UACH "*que las actividades de la planta Valdivia de Celco han incidido de forma significativa en los cambios ambientales que han ocurrido en el humedal del río Cruces durante el último año*". Tenemos aquí otra diferencia de la Corte con la COREMA, que había sido unánime en estimar que con sus incumplimientos la empresa había contribuido en gran medida al grave daño ambiental en el Santuario de la Naturaleza del Río Cruces¹².

Se debe mejorar la comprensión de la ciencia por parte del derecho, y precisar las reglas de la apreciación de la prueba en áreas técnicas como las ciencias ambientales. Pero nos sorprende, ante esta apreciación arbitraria de la prueba, que se deba reglamentar lo obvio. ¿Es que entonces debiesen regularse, incluso en el ámbito de la apreciación en conciencia de la prueba, los requisitos de validez y el grado de certeza de las conclusiones de un informe científico? La libertad que el recurso de protección otorga a los jueces para apreciar la prueba, al admitirse la sana crítica, no los faculta para hacerlo en forma arbitraria.

V. Conclusión y Reforma al artículo 20 de la Constitución

Es cierto que se requiere una urgente revisión de nuestra institucionalidad ambiental y de nuestras vías de intervención tanto administrativas como jurisdiccionales, y que el recurso de protección no

¹² Para mayor información consultar el expediente administrativo del proyecto disponible en internet en la página del SEIA [www.e-scia.cl].

está formulado como la mejor vía para cautelar el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. También es cierto que los jueces necesitan una mejor capacitación para abordar los aspectos técnicos y legales del problema ambiental. Sin embargo creemos que nada de ello debe servir de pretexto para que nuestros jueces se inhiban de cumplir con su deber constitucional de restablecer el imperio del derecho cuando se vea afectado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

No podemos dejar de mencionar que se ha dado un paso en el acceso a la justicia en materia ambiental con las Reformas Constitucionales aprobadas por la Ley 20.050, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto del 2005. La procedencia del recurso de protección en materia ambiental se modifica al alterarse el inciso 2º del Artículo 20 de la Constitución¹³. Desde ahora, el recurso de protección procederá cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un «acto u omisión ilegal» imputable a una autoridad o persona determinada. Es decir ya no se excluyen las omisiones y se elimina el requisito copulativo de la arbitrariedad del acto ilegal.

Lamentablemente no se decidió eliminar el inciso segundo trasladando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación del artículo 19 N°8 al grupo de derechos cautelados con esta acción en el inciso primero. A decir verdad, esa posibilidad no parece haberse contemplado ni analizado. Al no hacerse, si bien se eleva el nivel de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se descarta la posibilidad de que, como con los derechos del inciso primero, proceda un recurso en contra de un acto legal, pero arbitrario, imputable a autoridad o persona determinada. Habrá que examinar la legalidad de los actos, pero se pierde la posibilidad de examinar su arbitrariedad, lo cual habría sido relevante para recurrir en contra de actos de autoridad.

Subsiste además una diferencia entre ambos incisos del artículo 20º, que por alguna doctrina minoritaria que no comparto, ha sido considerada como una limitación adicional a la procedencia del recurso. El enunciado del inciso primero se refiere a la “privación, perturbación o amenaza” en el legítimo ejercicio de los derechos allí enumerados, en tanto que el inciso 2º señala que procederá también el recurso cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea “afectado” por un acto u omisión ilegal. La diferencia estaría en que la afectación podría no incluir la amenaza, sin embargo a nuestro entender la diferencia de los enunciados es una mera cuestión de estilo.

De cualquier modo, el no haber eliminado el inciso segundo del artículo 20º dejando de elevar el derecho del 19 n°8 al grupo privilegiado del inciso primero, que pudo ser único, muestra que aún en la Constitución del siglo XXI o del Bicentenario, el Constituyente, en su descuido o intención, estima que en materia ambiental “es bueno el cilantro, pero no tanto”.

¹³ El artículo 20 de la Constitución quedó como sigue:

“ El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º., 2º., 3º. inciso cuarto, 4º., 5º., 6º., 9º. inciso final, 11º., 12º., 13º., 15º., 16º. en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º., 21º., 22º., 23º., 24º. y 25º. podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

