

EL “CASO ITATA”: SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA A TRAVÉS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

MARIO GALINDO VILLARROEL*

1. ANTECEDENTES

Ante la Comisión Regional del Medio Ambiente de la VIII Región fue presentado a evaluación ambiental, según las normas del Párrafo 2º, del Título II, de la Ley 19.300, el proyecto denominado “Complejo Forestal e Industrial Itata.”¹ Según se desprende del Estudio de Impacto Ambiental, del Informe Técnico, y de la Resolución de Calificación Ambiental, dicho proyecto consiste en el diseño, construcción y operación de un complejo industrial destinado al aprovechamiento integral de los recursos forestales de pino radiata y eucaliptus.²

Dicho complejo industrial se encuentra constituido por las siguientes plantas:

- Una planta de trozado de 1.200.000 m³ /año de capacidad.
- Una planta de celulosa blanca de 550.000 ton /año de capacidad de producción.
- Un aserradero de capacidad de 400.000 m³/año de madera aserrada.
- Una planta de molduras de capacidad de 80.000 m³/año de madera elaborada.

Cada una de estas partes del proyecto están ligadas con la construcción de otras obras anexas o complementarias, como son por ejemplo: planta de tratamiento de aguas servidas, acueducto, bocatoma, caldera de poder, vertedero de residuos industriales, laguna de emergencia, entre otras. Todas estas obras fueron evaluadas durante la calificación ambiental del proyecto.

* Abogado de la Fiscalía de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y a quien correspondió la defensa de su Consejo Directivo en el caso.

1 En adelante nos referiremos indistintamente al “proyecto Itata” o al “caso Itata”.

2 Considerando 4.1.1.1, “Nombre del Proyecto, proponente y objetivo del proyecto”, de la Resolución Exenta 025, de 27 de enero de 2000, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la VIII Región.

El complejo proyectado se localizaría en el sector Nueva Aldea, Comuna de Ranquil, Provincia de Ñuble, a 30 kilómetros al Oeste de Chillán y 28 kilómetros al Sureste de Coelemu, próximos a la ribera Sur del Río Itata.³

Luego de concluida la evaluación ambiental, dicho proyecto fue rechazado por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la VIII Región, mediante Resolución Exenta 025, de 27 de enero de 2000, órgano que –por diversas consideraciones- declaró que éste no era viable desde el punto de vista ambiental. Administrativamente, el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, mediante Resolución Exenta 09, de 26 de enero de 2001, acogió un recurso de reclamación de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A. y, en definitiva, calificó como ambientalmente viable el proyecto.

Ante la aprobación ambiental otorgada, recurrió de protección ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago don Modesto Sepúlveda Andrade, en representación de la Ilustre Municipalidad de Portezuelo y otros (Rol 1066-2001). Se acumularon a este recurso los deducidos por Ladislao Quevedo y otros (Rol 1.100-2001) y por Cristóbal Heroven y otros (Rol 1.101-2001).

Con fecha 29 de enero de 2002, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago⁴ dictó sentencia de primera instancia acogiendo los recursos de protección deducidos.

Los aspectos centrales de dicho fallo son los siguientes:

1. Se acogen los recursos de protección suspendiendo los efectos de la autorización ambiental que otorgara el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente al proyecto Itata.
2. Para acoger los recursos se dio lugar a todas las pretensiones de la recurrente con relación a: a) participación en el Consejo Consultivo de consejeros inhabilitados; b) omisión de la ponderación de observaciones ciudadanas; c) ausencia del informe de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR) respecto a eventuales efectos del proyecto en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional; d) obligación de incluir en la línea de base del proyecto industrial la explotación forestal y líneas de tendido eléctrico; e) medidas de mitigación, compensación y reparación inapropiadas; f) evaluación de impacto ambiental insuficiente, incluyendo incumplimiento de normas.
3. Como medidas de protección se ordena:
 - a. Retrotraer el procedimiento al estado anterior de emitirse informe por el Consejo Consultivo, integrado por miembros no inhabilitados.
 - b. Presentar nuevos addendum conteniendo diversos aspectos técnicos.
 - c. Informe de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR) sobre el proyecto.
 - d. Cumplir con una serie de medidas que dicen relación con el diseño del proyecto, tales como:
 - Estudio de impacto ambiental respecto a la explotación del bosque en la zona.
 - Procedimiento de venta de energía al Sistema Interconectado Central.
 - Disposición final de aceites generados por el funcionamiento de los motores.

3 Considerando 4.1.1.2, "Localización", de la Resolución citada en la nota anterior.

4 Tercera Sala. Ministros Srs. Sergio Muñoz (redactor), Haroldo Brito y Jorge Dahm.

- Construcción de un ducto para llevar directamente al mar los residuos líquidos.
- Determinación de los vertederos en que se dispondrá de los residuos sólidos.
- Prohibición de incinerar residuos industriales en la caldera de poder, estableciéndose un método alternativo.
- Medidas de mitigación, compensación o reparación "propia de tales" y no sólo que permitan realizar un seguimiento del proyecto.

Con fecha 19 de junio de 2002, la Exma. Corte Suprema⁵ dictó sentencia conociendo de las apelaciones deducidas tanto por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, como por Celulosa Arauco y Constitución S.A, revocando la sentencia en alzada, y rechazando en todas sus partes los recursos de protección deducidos. Para resolver en tal sentido se tuvo en cuenta diversas consideraciones en cuanto a la naturaleza de la acción deducida; a la entidad del acto impugnado y su aptitud para agraviar las garantías constitucionales invocadas, y, en definitiva, a si la recurrida había incurrido en actuaciones arbitrarias e ilegales.

Los límites del control jurisdiccional de la actividad administrativa a través del Recurso de Protección fueron puestos en discusión en este caso. Dentro de las posibilidades propias de este artículo abordaremos dicho punto.

2. LÍMITES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago sin duda que resultó novedosa respecto de lo que se había venido fallando en casos similares. En efecto, lo central de ella se encuentra en su considerando 42, en tanto establece que "la Constitución Política de la República entrega a esta Corte de Apelaciones la adopción de las medidas que estime adecuadas para restablecer el imperio del derecho, sin señalar expresamente cuales son...", y en la fundamentación que se da en los considerandos 20 y 21 de la misma, donde se concluye que el recurso de protección constituye "**una jurisdicción especializada**" que debe ejercerse conociendo de todos los elementos de juicio que las partes y el tribunal estimen pertinentes para quedar debidamente ilustrado, pudiendo los jueces ponderar la arbitrariedad del obrar de la administración.

La sentencia de segunda instancia, en cambio, resuelve considerando que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política "**constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar**".⁶

La diferencia en cuanto a la naturaleza que se le asigna, en cada caso, a la acción constitucional de protección es evidente. Si esta es "una jurisdicción especializada" o "una acción de evidente

5 Tercera Sala (Constitucional). Ministros Srs. Ricardo Gálvez (redactor); Orlando Álvarez; Domingo Yurac y Humberto Espejo. Voto disidente Ministra Srta. María Antonia Morales.

6 El considerando 1° de la sentencia de la Exma. Corte Suprema dice: "Que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio" (destacado es nuestro).

carácter cautelar” no es una cuestión baladí. Precisamente dicha discriminación determinará los límites del control de la actividad administrativa que se ejerza en cada caso.⁷

a. Enunciado.

Con la actual redacción del artículo 38, inciso segundo de la Constitución Política,⁸ y aún desde antes, pareciera ya no haber discusión acerca que la actividad administrativa se encuentra sujeta al control jurisdiccional. En principio,⁹ puede sostenerse que todo acto de la Administración está sujeto al control de los Tribunales de Justicia, pero una cuestión distinta es sostener que sea el recurso de protección –una acción cautelar, de emergencia, de tramitación sumarisima, y destinada a salvaguardar garantías constitucionales agravadas– el procedimiento apropiado para resolver las cuestiones técnicas, relativas a procesos industriales, que se intentaron resolver en este caso.

Lo anterior tiene que ver, derechamente, con los límites que se imponen al control jurisdiccional de la actividad administrativa.

b. Control jurisdiccional de la actividad administrativa.

En conocimiento de un recurso de protección, y en conocimiento de otras acciones contenciosas, los Tribunales de Justicia pueden revisar la adecuación a derecho de un acto administrativo. Los límites de su actuación en el caso concreto son, no obstante, objeto de ardua polémica, en especial cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales. Así, respecto de la posibilidad de anular un acto administrativo sujeto a control, la doctrina se uniforma en una respuesta afirmativa, pero, ante la pregunta de si ¿puede el órgano jurisdiccional modificar, reformar, convertir o sustituir el acto administrativo sujeto a control?, las respuestas se dividen. En palabras de Dromi,¹⁰ “un criterio positivo entiende que la jurisdicción es siempre plena. Por ello puede anular, modificar, sustituir, reformar y convertir, total o parcialmente, el acto impugnado. Un criterio negativo¹¹ no admite la modificación, sustitución o conversión judicial del acto administrativo en ningún caso. La jurisdicción sólo “confirma o anula”, total o parcialmente, el acto impugnado”. La competencia judicial –se dice– es “revisora”, no sustitutiva, sólo comprueba o controla lo actuado con el marco jurídico. En ningún caso puede convertirse en una instancia administrativa más. Si así fuera, el órgano jurisdiccional invadiría competencias que no son

7 Al respecto, debe precisarse que la Excm. Corte Suprema no eliminó el considerando 21 de la sentencia en alza que es precisamente aquel en que se sostiene que el recurso de protección constituye una jurisdicción especializada. No obstante, el razonamiento que informa su sentencia permite concluir que no le asigna tal carácter, y así, por lo demás, lo dice expresamente en el considerando 1º (“constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar”). De otro modo, las diferencias existentes entre el considerando 21º de la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, y el considerando 1º de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, son de tal naturaleza que los harían inconciliables.

8 Según texto establecido por el artículo único, número 17, de la Ley N°18.825. de Reforma Constitucional

9 Decimos en principio, pues en diversos casos dicha afirmación puede resultar discutible.

10 Roberto Dromi, *El Poder Judicial*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 69, citando diversos autores en tal sentido.

11 Al cual adhiere. Op. cit., pág. 67: “El Poder Judicial no puede sustituir so pretexto de discrecionalidad las competencias propias del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. La competencia judicial revisora de la ley sólo alcanza a su “inaplicación al caso concreto” y respecto del acto administrativo a su anulación. En principio no puede el órgano judicial modificar, reformar, sustituir o convertir el acto legislativo o administrativo sujeto a fiscalización”.

suyas. "El juez no tiene que juzgar la oportunidad de las decisiones administrativas. Si el juez no observase ese límite, y se arrogara tal derecho, traspasaría las fronteras que existen entre los Poderes, convirtiéndose en un legislador y en un administrador".¹²

La cuestión ha sido ampliamente debatida entre administrativistas españoles. Por un lado –entre muchos– Tomás Ramón Fernández ha propugnado que "el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sometimiento que corresponde verificar, también en toda su plenitud y sin limitación alguna, a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa".¹³ Y mucho antes Eduardo García de Enterría había dicho que "el control judicial de la discrecionalidad no es,...., una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades".¹⁴ En abono de esta tesis Fernández cita variada jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, entre las cuales merece destacar aquella que ha dicho que:

"...los modernos criterios doctrinales y jurisprudenciales que, profundizando en el control judicial de la discrecionalidad administrativa (para cuyo control se reveló insuficiente la institución de la desviación de poder por su fundamento excesivamente subjetivo), enseñan que la solución técnica en que se concrete la discrecionalidad debe venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los cuales se opera, de tal manera que cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a la que se aplica, la jurisdicción contenciosa debe sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes, con el fin de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica;...la discrecionalidad tiene autonomía propia y la misma exige valorar en cada caso los hechos y los datos que concurren para comprobar si la facultad discrecional que la Administración ejercita se conforma o no con los fines que la justifican en el ordenamiento jurídico; porque... ni aún en el caso de actos discrecionales, las facultades de la Administración son omnímodas, pues han de estar presididas por la idea del buen servicio al interés general; sin perjuicio de la potestad que en estos actos discrecionales tiene la Administración de elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos (de oportunidad o de conveniencia), que la Ley no predetermina, siendo que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en su consecuencia optar según su subjetivo criterio, pero queda a salvo la facultad del

12 Op. cit., página 70, citando diversos autores en tal sentido.

13 Tomás Ramón Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 79.

14 Eduardo García de Enterría, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 49.

juzgador de examinar después si la decisión adoptada por la Administración se ha producido con arreglo a los fines para los que la Ley le concedió la libertad de elegir, dado que la discrecionalidad no es arbitrariedad”.¹⁵

El control de los hechos determinantes y el enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho aparecen como parámetros de control presentes en la sentencia citada.¹⁶

De otro lado –también entre muchos– Luciano Parejo ha sostenido que “el control judicial contencioso-administrativo no es otra cosa que la comprobación (con la extracción de las correspondientes consecuencias jurídicas) de si existe o no contradicción entre la decisión previa administrativa y el ordenamiento jurídico (en lato sentido, es decir, incluyendo las situaciones jurídicas individualizadas existentes al tiempo de la acción administrativa). (...) la ausencia de válida comprobación de una infracción jurídica priva al Juez de competencia sobre la decisión administrativa. El control judicial sólo puede llegar, pues allí donde una fundamentación jurídica válida otorgue suficiente soporte a una intervención del Juez, por lo que la ausencia de una tal fundamentación determina de suyo un ámbito libre de control judicial”.¹⁷ “Consecuentemente, las instancias administrativas y de control judicial tienen ámbitos de actuación (competencia) necesariamente distintos, que se delimitan recíprocamente de forma negativa”.¹⁸ En su apoyo, la sentencia del Tribunal Constitucional Español, que luego de justificar su decisión señalando que ella no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho, ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican, ni supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible, señala que:

“... no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órga-

15 Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 4 de abril de 1988, citada por Tomás Ramón Fernández, Op. cit., pp. 58 y 59.

16 El Tribunal Supremo Español, desarrollando estos puntos había dicho, en sentencia de 1 de diciembre de 1986, que: “El genio expansivo del Estado de Derecho ha determinado el alumbramiento de técnicas que permiten que el control jurisdiccional, ..., se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha acogido los logros doctrinales producidos al respecto, aplicándolos reiteradamente: a) en primer lugar, a través del control de los hechos determinantes, que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración. b) y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho –(...)–que al informar todo ordenamiento jurídico –son la atmósfera en que respiramos jurídicamente– y, por tanto, también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, imponen que la actuación de ésta se ajuste a las exigencias de dichos principios, la Administración no está sometida sólo a la Ley, sino también al Derecho”.

17 Luciano Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 58.

18 Ídem, Op. cit., pág. 59. Antes había dicho, citando a Chr. Gusy, que “el Juez contencioso-administrativo es, por ello, “Administración negativa”, al igual que el Tribunal Constitucional es “legislador negativo”.

nos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad,(...), que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico".¹⁹

Por su parte, Miguel Sánchez Morón ha dicho que el control jurídico no puede, amparándose de manera abstracta en los principios generales del Derecho, "confundir su propia función con ningún tipo de fiscalización técnica, política o de oportunidad sobre lo que conviene al interés público. Por eso el límite jurídico general aplicable a la valoración de los elementos de hecho de la decisión sólo puede ser el error manifiesto cometido por la administración en esa valoración. Más allá de ese límite, lo que se presenta como un control jurídico esconde una valoración subjetiva del acierto o error (no jurídico) de la decisión".²⁰ Por ello –dice– "el control de la valoración de los hechos no puede basarse en hipótesis, conjeturas, estimaciones o apariencias, ni consistir en la mera sustitución de una valoración opinable por otra valoración opinable. El control jurídico debe ser riguroso y prudente, pues de lo contrario deja de ser jurídico para deslizarse por la pendiente del decisionismo".²¹ En Chile, si bien el tema aún no ha sido debidamente debatido, se ha señalado que el control o revisión de juridicidad también puede recaer sobre la decisión adoptada para satisfacer la necesidad pública concreta (el qué), sea que el legislador configure la actuación misma de un modo concreto y específico, o confiriendo un margen de libre apreciación de las circunstancias concretas que le permita al órgano elegir la decisión que estime más adecuada para satisfacer la necesidad pública. Soto Kloss, dice, que en este caso el control o revisión de juridicidad debe determinar "si la medida adoptada es la prevista por la ley en el caso de tratarse del ejercicio de una potestad reglada por el legislador (quien ha prefigurado normativamente la decisión que se adoptara por la Administración para satisfacer una determinada necesidad pública específica); o bien, si es una de las varias que ha prefigurado la ley en el caso en que así hubiera ésta concebido el ejercicio de tal potestad (por habersele dado al órgano habilitado la posibilidad jurídica de elegir, esto es un margen de libre apreciación, libre dentro de los límites y condicionado por la ley que lo ha, así, preestablecido). Pero no sólo esto. En el supuesto de haberse atribuido ese margen de libre apreciación, habrá de controlarse igualmente si la decisión adoptada es proporcionada, esto es, si es el medio idóneo al fin perseguido por la ley: estamos ya aquí en el denominado control de razonabilidad del acto, que utiliza mecanismos diversos pero todos ellos dirigidos a comprobar si la decisión adoptada es la adecuada, conveniente, precisa, para satisfacer la necesidad pública concreta de que se trata; y para ello existirá el principio de proporcionalidad, de la correcta apreciación de los hechos (que originará el error manifiesto de apreciación), los estándares jurídicos, etc."²² En este último extremo su opinión parece trasuntar incluso una mayor amplitud que la señalada por autores españoles que se inclinan por un control pleno de la discrecionalidad. Si el juez puede comprobar que la decisión adoptada es "la adecuada", "la conveniente", "la precisa", significa que podría determi-

19 Tribunal Constitucional Español, sentencia 39/1983, de 17 de mayo. Citada por Luciano Parejo, Op. cit., pág. 66.

20 Miguel Sánchez Morón, "Discrecionalidad administrativa y control judicial", Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pág. 135.

21 Ídem. Op. cit., pág. 137.

22 Eduardo Soto Kloss, "Acerca del Llamado Control de Mérito de los Actos Administrativos".

nar no sólo si la decisión es adecuada o conveniente, sino que además si es la más adecuada o la más conveniente, y en su caso elegir la que estime más adecuada o conveniente, aún en aquellos casos en que sea admisible más de una solución igualmente lícita.

c. Control jurisdiccional de la actividad administrativa y recurso de protección

Como es sabido, el artículo 20 de la Constitución Política dispone que “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 taxativamente en dicha disposición, 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”.

El recurso de protección es así una técnica de protección de garantías constitucionales que supone, para dar lugar a él en un caso concreto, que se haya acreditado: a) una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho constitucional de los enumerados en el referido artículo 20; c) relación de causa a efecto entre la acción u omisión ilegal o arbitraria y el agravio al derecho fundamental, en forma que este último pueda considerarse como la consecuencia o resultado de aquel comportamiento antijurídico.²³ Ahora bien, el inciso 2 del artículo 20 de la Constitución Política establece que, para que proceda el Recurso de Protección en el caso del número 8 del artículo 19 (derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación), se requiere que el acto de que se trate sea a la vez arbitrario e ilegal, imputable a una autoridad o persona determinada, y que afecte el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por lo tanto, con respecto a esta garantía constitucional, es necesario que se trate de: a) un acto (no omisiones); b) que este sea, copulativamente, arbitrario e ilegal; c) que el autor del acto arbitrario e ilegal sea una autoridad o persona determinada; y d) que se afecte el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Si el acto emana de un órgano de la administración del Estado, los límites del control jurisdiccional de su actuación estarán determinados, precisamente, por los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad, y por las medidas de protección que la Corte pueda, legítimamente, adoptar en el caso concreto.

Es en ese contexto que debe analizarse la procedencia de un recurso de protección respecto de una resolución de calificación ambiental, más propiamente de la que se pronuncia respecto de un Estudio de Impacto Ambiental, como era la del caso Itata. Sobre ello debe tenerse en cuenta que el artículo 16, inciso final, de la ley 19.300, dispone que “El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo

23 Excm. Corte Suprema, 22 de junio de 1988, R.D.J. Tomo 85, Sección 5ª, pág. 217.

11,²⁴ propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado". El procedimiento de evaluación de un Estudio de Impacto Ambiental tendrá por objeto, entonces: a) determinar si el Estudio de Impacto Ambiental cumple con la normativa de carácter ambiental (más propiamente si el proyecto a que se refiere dicho estudio la cumple); b) determinar si respecto de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la ley 19.300, se proponen medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En el primer caso la ley mandata que se revise la adecuación a la normativa ambiental aplicable, a aquella normativa preexistente que regula la actividad respectiva. En el segundo, se deja un margen de apreciación discrecional que permite a la autoridad administrativa determinar si las medidas de mitigación, compensación o reparación propuestas (o impuestas) son "apropiadas".

Determinar si un proyecto o actividad se ajusta a la normativa ambiental aplicable es una cuestión directamente relacionada con la legalidad, aun cuando, generalmente, tal determinación requerirá de complejas demostraciones técnicas. Determinar si las medidas de mitigación, compensación o reparación propuestas son "apropiadas", es una cuestión más relacionada con la arbitrariedad. En este último caso habrá de recurrirse precisamente al parámetro de control que señala la Constitución Política, a efectos de determinar si la resolución dictada es conforme a Derecho.

Siendo el acto impugnado ilegal y/o arbitrario, según el caso, y afectando dicho acto en grado de privación, perturbación o amenaza, alguna garantía constitucional protegida, la Corte de Apelaciones respectiva queda facultada para adoptar de inmediato "las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado".

d. La jurisprudencia precedente

Antes del caso Itata, el control jurisdiccional de actos administrativos con contenido ambiental a través del recurso de protección, se había uniformado en el sentido que fuera establecido por la sentencia de la Primera Sala de la Exma. Corte Suprema²⁵ respecto del denominado caso Trillium, en que se sostuvo que el tribunal llamado a conocer del recurso de protección debe abocarse estrictamente a analizar si el acto o la

24 Artículo 11 de la ley 19.300. "Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

- a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;
- b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;
- c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
- d) Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;
- e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración del valor paisajístico o turístico de una zona, y
- f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento".

25 Sentencia de 21 de septiembre de 1998, Rol 2684-98.

omisión que se imputa al recurrido es arbitrario; valga decir, caprichoso, inmotivado y/o ilegal; esto es, contrario a la ley. En consecuencia, señala: “No forma parte de su estudio, el pronunciarse sobre las bondades técnicas que presenta un proyecto, que ha sido sometido a la autoridad competente, ni le corresponde referirse a las conclusiones a que hayan arribado los órganos idóneos o expertos sobre la materia en que incide el proyecto, una vez concluidas o agotadas todas las instancias que han sido establecidas por la normativa que regula su quehacer.” La misma sentencia, señala que “no puede estimarse ilegal ni arbitraria la resolución de un órgano de la administración, “en la medida que la recurrida la adoptó dentro de una esfera estrictamente legal y previa ponderación de los elementos de juicio que se le proporcionaron y tomando los resguardos que establece la legislación del ramo.”. Diversos otros fallos se dictaron en abono de esa tesis²⁶.

26 Así, en “Baraona Bray y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región” (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 26 de marzo de 1999, Rol 2147-98. Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 11 de mayo de 1999, Rol 1137-99), se dice que no pueden formar parte del análisis del recurso las cualidades técnicas que presente un proyecto. Y, aún más, en “Castillo y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región” (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 16 de agosto de 1999, Rol 2246-99. Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 5 de octubre de 1999, Rol 3067-99), se dice que “tales materias -se refiere a efectos adversos a la biodiversidad del bosque nativo, a la sustentabilidad de los recursos forestales, a los impactos al medio ambiente, al medio acuático, especialmente el marino y otros elementos- escapan a la acción tutelar deducida por los recurrentes, por cuanto significaría abocarse al estudio y análisis de un proyecto evaluado por un Organismo con plena facultad legal para decidir su aprobación, rechazo, o imponer condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad”.

En “Dougnac contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Metropolitana” (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de noviembre de 2001, Rol 1688-2001. Confirmada por la Exma Corte Suprema, sentencia de 23 de enero de 2002, Rol 04-2002), se señala que: “la ley del ramo deja a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional del Medio Ambiente, en su caso, el procedimiento que determine si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes, por lo que será el organismo técnico especializado, en el ejercicio de sus funciones legales privativas, el ente que decidirá en definitiva si es o no correcta la proposición o criterio de la empresa proponentora (sic), lo que hará en base a las actuaciones y previsiones que la normativa ambiental establece”.

Muy recientemente en “Cruz Barrientos contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII Región” (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de 08 de mayo de 2002., Rol 15-2002. Confirmada por la Exma Corte Suprema, sentencia de 03 de junio de 2002, Rol 1767-2002), se dijo que “en cuanto a los hechos de carácter técnico en que la recurrente apoyara su recurso, su resolución escapa a los rangos de este procedimiento sumarísimo, quedando ella entregada al conocimiento de las instancias especializadas que la citada ley contempla en sus artículos 20 y 29”.

Algunos fallos fueron aún más allá y sostuvieron que intervenir en tales materias importaría avocarse el ejercicio de competencias que se han determinado como propias de la administración activa²⁷.

27 A modo ejemplar: En "Ganadera San Gregorio contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII Región" (Corte Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de 07 de diciembre de 1998, Rol 113-98. Confirmada por la Excma. Corte Suprema, sentencia de 11 de marzo de 1999, Rol 4445-98) se rechaza el recurso, entre otras razones, porque la resolución recurrida "ha sido dictada por el órgano legalmente competente en materia de su incumbencia exclusiva y privativa, dentro del procedimiento que la ley establece, en base de fundamentos que consideran los aspectos formales y técnicos del proyecto, recogiendo la opinión que la norma jurídica hace exigible de los servicios públicos con competencia en materia ambiental, incluso la consideración de la participación ciudadana que la misma -Ley 19.300- sobre Bases del Medio Ambiente establece". Asimismo, en "Strello Retamales y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII Región" (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de 22 de diciembre de 1998, Rol 124-98. Confirmado por la Excma. Corte Suprema, sentencia de 11 de marzo de 1999, Rol 83-99), se reconoce que la determinación de si debe ingresarse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, vía Estudio o Declaración, lo enderezará o ratificará, de acuerdo a sus facultades privativas, el organismo técnico llamado por la ley sobre esta especializada materia, desde que la ley del ramo deja a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional del Medio Ambiente, en su caso, el procedimiento que determine si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes (artículo 2º, letra j). Por lo mismo, se dice, "será el organismo técnico especializado, en el ejercicio de sus facultades legales privativas, el ente que decidirá en definitiva si es o no correcta la proposición o criterio de la empresa proponentora, (sic) lo que hará en base de las actuaciones y previsiones que la normativa ambiental establece". También, en "Dougnac y otros contra Ministro de Salud y Ministro Secretario General de la Presidencia" (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 17 de abril de 1998, Rol 3667-97. Confirmada por la Excma. Corte Suprema, sentencia de 27 de mayo de 1998, Rol 1372-98), se rechaza el recurso porque se ha solicitado a la autoridad judicial que tome las medidas de resguardo a la salud y vida de la población de Santiago en una materia que es de competencia exclusiva de la Administración Central del Estado. Lo mismo en "Diego Pakarati Atan contra Director Regional Metropolitano de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y Ministro Secretario General de la Presidencia" (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de diciembre de 1998, Rol 2057-98, no apelada): "se está solicitando a la Corte que ejerza facultades ... correspondientes a la Administración del Estado, las que no pertenecen al Poder Judicial, por lo que no cabe declararlas". Recientemente, en "Rodríguez Llona con Consejo Regional Metropolitano" (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 500-2001) se dijo que "no podrían pretender los demandantes que estos jueces suplanten a esas autoridades, al momento de plasmar tales definiciones, no sólo porque carecen de los elementos técnicos y de especialidad que el sistema precisamente pone en manos de aquellas sino, lo que es más, porque de inmiscuirse en lo que la ley encomienda a determinados órganos de la administración, cuyo es el caso, pasarían a llevar una base tan importante de la estructura del Estado, como es la de la invocabilidad, que justamente les prohíbe avocarse a lo que no les empece, axioma reconocido en la Constitución Política (artículos 6, 7 y 73) y en el Código Orgánico de Tribunales (artículo 4).

e. Nuestras conclusiones.

Con base en la jurisprudencia existente habíamos adelantado algunas conclusiones al respecto, las que resumíamos en los siguientes puntos:²⁸

- Excede el ámbito del recurso de protección pretender variar una calificación ambiental en esa sede.

Pues, han sido recurrentes, si bien no unánimes, las resoluciones que, en el trámite de admisibilidad, han declarado inadmisibles el recurso por exceder -la materia sometida a conocimiento de la Corte el ámbito propio de esta acción constitucional,²⁹ por ejemplo cuando se ha solicitado, como medida de protección, que se calificara, o se ordenara calificar, como ambientalmente viable un proyecto que había sido rechazado por la autoridad administrativa.³⁰

- Pero puede anularse en esa sede una calificación ambiental ilegal y/o arbitraria.

A las peticiones de nulidad de actos administrativos con contenido ambiental se ha accedido en pocas oportunidades, si bien, prácticamente todos los recursos han sido declarados admisibles. Así, se han anulado resoluciones de calificación ambiental, accediendo a lo pedido por los recurrentes, en: "Girardi y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la XII Región"³¹; "Horvarth y otros contra Comisión Nacional del Medio Ambiente"³²; y, en "Benavides contra Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente"³³.

28 Véase nuestro "El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la Jurisprudencia. 1996-2000", Comisión Nacional del Medio Ambiente - Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile, pp. 86 y 87.

29 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 1445-99, sentencia de 14 de abril de 1999. Deducido recurso de reposición fue rechazado con fecha 22 de abril de 1999; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de inadmisibilidad de 28 de agosto de 2000, Rol 4101-2000.

30 No obstante, también ante peticiones similares, dos recursos fueron declarados admisibles por la Corte de Apelaciones de Santiago. Se trata de los roles 3663-2000, "Municipalidad de Las Condes contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana", y 4037-2000, "Concesión Estacionamientos Municipales de Las Condes S.A. contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana" -relativos ambos al conocido caso de estacionamientos subterráneos bajo la Plaza Perú en la Comuna de Las Condes- en los que no obstante no llegó a dictarse sentencia definitiva por haber terminado por desistimiento de los recurrentes.

31 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 19 de marzo de 1997, Rol 2.732-96, que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fecha 8 de julio de 1996, Rol 47-96.

32 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 19 de marzo de 1997, Rol 4.658-96, que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de diciembre de 1996, Rol 3.188-96. En este caso, y en el citado en la nota anterior, se obtuvo la anulación de la autorización ambiental, otorgada bajo la vigencia del Instructivo Presidencial N° 888, de 30 de septiembre de 1993, del M. SEGPRES.

33 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 5043-98, sentencia de 28 de diciembre de 1999. Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 08 de febrero de 2000, Rol 89-2000. Se obtuvo, en este caso, que se dejara sin efecto la autorización ambiental otorgada a la empresa Aguas Décima S.A., para la instalación de una estación depuradora de aguas servidas en la comuna de Valdivia, por no ajustarse al Plan Regulador Comunal respectivo.

- En todo caso, los aspectos técnicos de la calificación corresponde evaluarlos a la autoridad administrativa.

Tal doctrina, como se dijo, fue sentada por la Exma. Corte Suprema, en el fallo dictado a propósito de la apelación promovida en el llamado caso Trillium y se ha repetido en otros casos³⁴.

En los últimos dos años se ha dicho: "que el recurso de protección no es una instancia jurídicamente idónea para efectuar una revisión de las características técnicas del proyecto"³⁵. Se rechaza por ello el recurso deducido cuando la resolución impugnada "se emitió con sujeción estricta a las disposiciones de la ley 19.300"³⁶; cuando se trata de "un proceso administrativo no terminado en donde existen reclamaciones pendientes" por lo que la resolución "no ha podido producir sus efectos y por lo mismo, mal puede producir consecuencias adversas al ambiente"³⁷; "cuando se trata de cuestiones técnicas que amerita una ponderación razonada de los informes científicos y técnicos que puedan evacuarse acerca de la materia debatida, en un procedimiento de lato conocimiento"³⁸; o, cuando se ha resuelto por el organismo técnico especializado "en el ejercicio de sus funciones legales privativas"³⁹;

Excepcionalmente la Corte de Apelaciones ha entrado a la apreciación de los antecedentes técnicos del proyecto cuya aprobación ambiental se conoce a través del recurso de protección. El caso más claro en tal sentido es Pomés con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana⁴⁰, en que se rechazó el recurso deducido pues la resolución impugnada "no se basa en mero capricho de quienes la adoptaron, sino en el estudio de los antecedentes aportados por el interesado y los informes técnicos emitidos por los organismos competentes sobre la materia"; y analizando los mismos antecedentes la Corte concluye que no se requería un Estudio de Impacto Ambiental, bastando con la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental, "pues no se dan las condiciones establecidas en el artículo 11 de la ley 19.300, desde que las obras a ejecutar no arriesgan la salud de la población, ... no alterarán de manera significativa el entorno natural, ni significarán un reasentamiento de comunidades humanas u otras modificaciones del habitat y condiciones de vida de los habitantes de la zona"; las obras a ejecutar no implican una disminución del valor de las propiedades adyacentes "sino, eventualmente, una plusvalía por los adelantos que tal obra aporta a la zona"; "no hay prueba que la densidad habitacional pueda verse alterada"; y, en definitiva, "porque no se ha probado la contaminación que se sostiene".

34 Ver fallos citados en las notas 26, 27 y 28.

35 Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 15 de diciembre de 2000, Rol 24.929. Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 22 de enero de 2001, Rol 136-2001.

36 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 6 de marzo de 2001, Rol 4743-2000. Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 2 de abril de 2001, Rol 1004-2001.

37 Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 13 de marzo de 2001, Rol 13.674. Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 24 de abril de 2001, Rol 1120-2001.

38 Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 27 de agosto de 2001, Rol 287-2001.

39 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de noviembre de 2001, Rol 1688-2001. Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 23 de enero de 2002, Rol 4-2002.

40 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 16 de noviembre de 2000, Rol 2355-2000 (acumulados 2356 y 2357-2000). Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 11 de enero de 2001, Rol 4529-2000.

Aunque también se ha rechazado algún recurso por apreciarse claramente que el proyecto aprobado no genera “reasantamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”,⁴¹ o porque las recurridas “dieron cumplimiento a las normas procedimentales pertinentes”, el proyecto propuesto “se ajusta a los requerimientos del ordenamiento territorial”, y se propusieron diferentes medidas con las cuales “se mitigan las molestias a los habitantes del sector”,⁴² o porque en la resolución dictada “ha habido preocupación respecto de cada uno de los eventuales impactos medioambientales que podría causar el proyecto”.⁴³

i) La sentencia de primera instancia

La sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que “la función conservadora ejercitada por los tribunales al conocer un recurso de protección, constituye una jurisdicción especializada, que debe ser ejercida conociendo todos los elementos de juicio que las partes y el tribunal estime convenientes para quedar debidamente ilustrados para emitir su pronunciamiento”, contexto en el cual “los razonamientos que pueda entregar la autoridad al adoptar sus decisiones, no desvirtúa, por este solo hecho, su ilegalidad y/o arbitrariedad, por cuanto los tribunales no se limitan a constar su existencia, sino que califican lo adecuado y suficiente que puedan ser”. Se agrega que “actualmente la autoridad carece de competencias meramente potestativas, que dependan de su propia voluntad, que queden al margen del control jurisdiccional, desde el momento que si con sus decisiones se obtienen resultados irracionales, infundados, injustos o contrarios a los antecedentes, deben ser corregidos, por cuanto los jueces tienen la posibilidad de ponderar la arbitrariedad del obrar de la Administración”. Y, finalmente, se sostiene que “nada obsta que los tribunales ejerzan sus facultades jurisdiccionales, en este caso de control y revisión, respecto de los hechos y el derecho tenido en vista por la autoridad recurrida al dictar el acto impugnado, puesto que son aspectos esenciales y fundamentales que lo componen, de modo que ello resulta indispensable para determinar si la decisión se ajusta a ellos y por lo mismo evaluar su legalidad y razonabilidad”.⁴⁴

Se aplica en este caso un grado de revisión que en doctrina se conoce como “revisión plena”, en el cual la revisión judicial es amplia, “encontrándose facultado el juez para examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho que pudieran plantearse –volviendo sobre todos los aspectos de la cuestión debatida– sin limitación alguna”.⁴⁵ En este caso, estaría el administrado “habilitado no sólo para ofrecer y producir ampliamente prueba en sede judicial sino, además, para introducir por primera vez en la instancia judicial cuestiones fácticas o jurídicas no planteadas ante la Administración. Del mismo modo, el tribunal judicial no se

41 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de marzo de 2001, Rol 4979-2000. Confirmada por la Excma. Corte Suprema, sentencia de 24 de abril de 2001, Rol 1226-2001.

42 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 20 de septiembre de 2001, Rol 577 -2001. Tales considerandos fueron, no obstante, eliminados por la Excma. Corte Suprema al declarar que la recurrente carecía de legitimación activa para incoar el recurso. Excma Corte Suprema, sentencia de 23 de octubre de 2001, Rol 3852-2001.

43 Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 18 de marzo de 2002, Rol 26.460. Confirmada por la Excma. Corte Suprema, sentencia de 9 de abril de 2002, Rol 1083-2002.

44 Citas del Considerando 21 de la sentencia de primera instancia.

45 Guido Santiago Tawil, Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 305. Citando a Bosch, Jorge Tristán, ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?, Buenos Aires, 1951, pág. 104.

encontraría limitado –en la resolución de la cuestión ante él planteada– por las conclusiones o determinaciones a las que arribaran en sede administrativa".⁴⁶

ii) La sentencia de segunda instancia

La sentencia de la Excma. Corte Suprema, estimando, como se dijo, que el recurso de protección "constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar" (Considerando 1°), que está destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en el artículo 20 de la Constitución Política se enumeran, considera que los recursos de protección deducidos en este caso persiguen "una finalidad impropia de su naturaleza cautelar". Ello, "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" (Considerando 5°).⁴⁷

En ese contexto, refiriéndose a la arbitrariedad, señala que ésta "difícilmente podría existir, desde que la Resolución recurrida viene a ser el resultado del actuar de un ente colectivo, que ha contado con numerosos antecedentes a la vista; por lo que no puede sostenerse que ha sido arbitraria o producto del mero capricho. Podrá estimarse equivocada, pero ello es de suyo discutible y no es posible de constatación empírica, pues en cuanto se pronuncia sobre situaciones del futuro, será entonces el tiempo el que diga si hubo o no error" (Considerando 7°). Más adelante agrega que: "Debe puntualizarse, a este respecto, que la Comisión responsable del acto de que se trata analizó numerosos estudios, entre ellos, los referidos a

46 Ídem. Op. cit., pág. 305. En este caso con cita de Héctor Mairal, "Control Judicial de la Administración Pública", Depalma, Buenos Aires, 1984, volumen 2.

Otros grados de revisión son: Revisión Media, "en el cual si bien los jueces se encuentran habilitados para proceder a la revisión amplia de las cuestiones de hecho y de derecho, no resultaría factible la producción de prueba en sede judicial, salvo en el caso en que, ofrecida en sede administrativa y judicial, su producción hubiera sido denegada por la Administración y considerada pertinente por los órganos judiciales". Ídem. Op. cit., pág. 306. Existiría aún un grado de Revisión Mínima en el cual aún cuando se admite una revisión plena de las cuestiones jurídicas, no ocurre lo mismo con las cuestiones de hecho respecto de las cuales la revisión sólo es factible cuando los hechos no se encontraran probados en el expediente administrativo o las determinaciones de la Administración pudieran ser consideradas arbitrarias. Ídem. Op. cit, pág. 307.

47 Ya con anterioridad se había resuelto, para el caso de "Celulosa Mataquito", "que el hecho de proyectar la construcción e instalación de la planta de celulosa en el lugar tantas veces referido no importa que por sí misma realice un acto contaminante en la zona o sector en que pretende funcionar, más aún que en esta etapa debe sujetarse a todas las prescripciones que la autoridad u organismo correspondientes le exigen sobre la contaminación de las aguas del río Mataquito, aire y suelos del sector". Fallos del Mes, número 398, enero 1992, pág. 869.

la contaminación que podría generar, en un tiempo futuro, el funcionamiento del proyecto industrial de que se trata" (Considerando 8°)⁴⁸.

En cuanto a la ilegalidad se señala, respecto de los diversos capítulos de impugnación, "que siendo discutible su posible vulneración ello tampoco puede originar el acogimiento de este recurso" (Considerando 8°).

La sentencia aplica precisamente los parámetros de control que señala la disposición constitucional: arbitrariedad e ilegalidad, y, concluyendo que no han concurrido estos –y que no se han afectado garantías constitucionales, según análisis previo– rechaza los recursos de protección deducidos.

3.- EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA A TRAVÉS DE LA REGLA DE LA ARBITRARIEDAD.

Podemos asumir que la Ley 19.300, y en especial su artículo 16, inciso final, concede a la Administración un grado de discrecionalidad técnica que puede entenderse como uno de "aquellos casos en que la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica".⁴⁹ Su existencia ha sido reconocida en los numerosos fallos que se han citado anteriormente.⁵⁰ No obstante, excepcionalmente se ha efectuado un análisis distinto, y se ha dicho que los miembros de la Comisión Regional del Medio Ambiente "ejercitan el derecho arbitrario de votar a favor o en contra" pues "la composición de sus miembros es indiciaria que se trata de aunar voluntades de diverso origen y por ello la decisión es política", y como "es sabido que el hombre, de alguna manera, por su sola presencia racional de hacer su vida, siempre, ha afectado la naturaleza y la seguirá afectando," es "un problema de quantum en todo quehacer humano y por ello, en tales decisiones hay una amplia gama de matices de toda índole, por cuanto la decisión es un problema de política de la sociedad".⁵¹ Recurrentemente, también, se discute tal discrecionalidad técnica invocando razones como el nombramiento político de los integrantes del órgano administrativo, las diversas influencias a que puedan estar sujetos, o que ellos mismos puedan ejercer, la utilización de criterios no estrictamente técnicos en las resoluciones, etc.

48 La apreciación de la arbitrariedad es igual a la efectuada en el caso de "Celulosa Valdivia", donde se había resuelto que la resolución impugnada no era arbitraria, pues las numerosas y trascendentales condiciones exigidas por la autoridad "revelan la severidad con que se han analizado los antecedentes allegados al procedimiento previo a la resolución y dan seguridad en cuanto a controlar los posibles efectos ambientales negativos" (Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 11 de febrero de 1997, Rol 7515-96. Excm. Corte Suprema, sentencia de 23 de septiembre de 1997, Rol 654-97). Y, sobre el mismo proyecto, se dijo en el ya citado fallo de "Carlos Baraona contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región", que la resolución impugnada no puede ser tachada de arbitraria pues se dictó "previa consideración de los elementos de juicio que se le proporcionaron y con los resguardos que establece la legislación del ramo" (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 26 de marzo de 1999, Rol 2147. Excm. Corte Suprema, sentencia de 11 de mayo de 1999, Rol 1137-99).

49 Miguel Sánchez Morón, Op. cit., pág. 129.

50 Ver fallos citados en las notas 26 a 28 y 36 a 40.

51 Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 11 de julio de 2001, Rol 192-2001. Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 30 de julio de 2001, Rol 2813-2001.

En cualquier caso, el control de este tipo de discrecionalidad se hará a través de la regla de la arbitrariedad o el capricho. Arbitrario, según aparece de las Actas de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, es todo aquello que resulta caprichoso, irracional, sin sentido lógico y carente de razonabilidad. Así por lo demás se ha resuelto invariablemente. "Un acto es arbitrario cuando carece de sustentación lógica y se presenta como mero fruto del capricho o la sin razón".⁵²

a. Patrones de control

La regla de la "arbitrariedad y el capricho",⁵³ patrón de control que utiliza nuestra Constitución Política para el recurso de protección, se aplica habitualmente para los casos de resoluciones administrativas derivadas de procedimientos informales de los cuales no quedan constancias o expedientes, denominándose "regla de la evidencia sustancial" cuando las motivaciones de la decisión pueden consultarse en un expediente administrativo. La sentencia de la Exma. Corte Suprema aplica precisamente la "regla de la evidencia sustancial", en tanto estamos ante un procedimiento reglado del que quedan precisas constancias de lo actuado en un expediente administrativo. Dicho patrón de control "supone que el examen judicial no puede extenderse más allá de verificar si las determinaciones fácticas efectuadas por los entes administrativos se encuentran respaldadas por prueba o evidencia sustancial"⁵⁴ –la resolución recurrida viene a ser el resultado del actuar de un ente colectivo, que ha contado con numerosos antecedentes a la vista (Considerando 7)–. "En caso de ocurrir ello, el tribunal debe confirmar la decisión impugnada, más allá de que coincida o no con la solución adoptada"⁵⁵ –Podrá estimarse equivocada, pero ello es de suyo discutible (Considerando 7º)–. Se trata, en consecuencia de comprobar la razonabilidad de la decisión, con apoyo en el expediente administrativo, y no de controlar el mérito o acierto de la misma.⁵⁶ Es por ello que –se dice– "todos los tribunales sin excepción, en todos los países, someten de un modo u otro a un test de racionalidad las decisiones de la autoridad con el fin de averiguar no si son las más racionales, sino si superan, al menos, el umbral mínimo que separa lo racional de lo arbitrario".⁵⁷

Por otro lado, respecto del ejercicio de facultades discrecionales, como determinar cuáles son las medidas de mitigación, compensación o reparación "apropiadas", mandato que la Ley 19.300 asigna a los órganos de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, el control del ejercicio de las facultades discrecionales es regido también por la regla de la arbitrariedad, regla que en este caso estaría representada por el abuso de facultades discrecionales. Así –se dice– "sólo hay abuso de la discrecionalidad en la apreciación de los hechos allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable, o pueda ser

52 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de abril de 1993, Gaceta Jurídica, año 1993, número 154.

53 A la exclusión de la arbitrariedad puede llegarse a través de distintos patrones conocidos en doctrina comparada, en especial norteamericana, dentro de los cuales merecen destacarse: "la regla de la arbitrariedad y el capricho", "la regla de la evidencia sustancial" y "el abuso en el ejercicio de facultades discrecionales".

54 Guido Santiago Tawil. Op. cit., pág. 221. Citando a Schwartz, Administrative Law, pág. 597.

55 Ídem. Op. cit., pág. 221.

56 "La evidencia sustancial ha sido caracterizada en los Estados Unidos como "aquella prueba suficientemente relevante como para que una mente razonable pueda aceptarla como adecuada para sustentar una conclusión". Ídem. Op. cit., pág. 227.

57 Tomás Ramón Fernández, Op. cit., pág. 188.

develado mediante una actividad probatoria suficiente o mediante una demostración sólida, firme, segura, sustancialmente incontestable”.⁵⁸ Arbitrariedad es, según el diccionario de la real Academia, el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho, “de donde se deduce a contrario sensu que todo acto que pueda tener una justificación razonable, por mínima que sea, no podrá calificarse de arbitrario, aunque puedan existir soluciones que puedan parecer más lógicas o más atendibles o preferibles por su racionalidad”.⁵⁹ Por eso, dice –refiriéndose a la discrecionalidad técnica– que “salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces”.⁶⁰

Si existiere tal abuso de facultades discrecionales correspondería anular la resolución impugnada, más no sustituirla, pues no parece aceptable que la discrecionalidad administrativa sea sustituida por la discrecionalidad judicial, o la apreciación que hiciera la administración para optar entre indiferentes jurídicos, por la apreciación, esta vez, del juez. Si la discrecionalidad supone precisamente la posibilidad de optar entre indiferentes jurídicos, ciertamente no puede sustituirse la opción de la Administración por la del juez. Dice Tomás Ramón Fernández⁶¹ que el juez no puede “decidir en nombre del Derecho por dónde debe ir una carretera o dónde debe emplazarse una central nuclear o qué extensión debe tener el suelo no urbanizable de un término municipal y que, en casos semejantes, lo más que podrá decir desde la perspectiva jurídica que le es propia es que la carretera en cuestión no debe pasar por el concreto lugar por donde la ha trazado el proyecto aprobado por la Administración o que la central nuclear no puede legítimamente situarse en el emplazamiento por ésta previsto o, en fin, que no está justificada objetivamente la extensión dada por el planeamiento recurrido al suelo no urbanizable”. Pero acepta –invocando a la jurisprudencia–, cuando las circunstancias del caso han reducido con toda evidencia la inicial pluralidad de soluciones teóricamente posibles a una sola, que se incluya en la sentencia “junto al pronunciamiento anulatorio de la decisión recurrida, el de condena de la Administración a dictar la única decisión que, dadas las concretas circunstancias del caso, resulta jurídicamente posible. Pero esto, cuando ocurre, (...) no implica en absoluto la elección por el juez de la solución más razonable de todas las posibles, sino simplemente la inclusión en el fallo del deber de adoptar la única decisión que en el curso del proceso ha quedado en pie, que es cosa bien distinta”.⁶² El criterio esbozado es, no obstante, de difícil concreción práctica, y por lo mismo ha sido criticado “dado que no siempre (ni mucho menos) es factible asegurar con toda exactitud cual sería la “única” solución justa, ese planteamiento está exigiendo del juez que resuelva incluso sus legítimas dudas al respecto mediante la decisión, aunque para ello tenga que realizar valoraciones con criterios ajenos a la interpretación jurídica, según su saber y entender”.⁶³

58 Miguel Sánchez Morón, Op. cit., pág. 136.

59 Ídem. Op. cit., pág. 139.

60 Ídem. Op. cit., pág. 129.

61 Tomás Ramón Fernández, Op. cit., pág. 94.

62 Ídem. Op. cit., pág. 208.

63 Miguel Sánchez Morón, Op. cit., pág. 117.

b. Fallos posteriores de la Sala Constitucional

Fallos posteriores al del caso Itata, dictados por la Sala Constitucional de la Exma. Corte Suprema, han reafirmado su análisis. De ellos aparece que se vuelve al sistema de control contemplado en la jurisprudencia del año 1998. Así, el 9 de julio de 2002, se confirma sin mayores modificaciones la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en que se sostiene que "como ha sido fallado reiteradamente, no corresponde en esta sede jurisdiccional entrar a dirimir o pretender demostrar cuál de las hipótesis técnicas es valedera",⁶⁴ siendo que "el único ente autorizado por la ley para calificar un proyecto con incidencia en el medio ambiente, es la Comisión Regional del Medio Ambiente y, en su caso, por la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente",⁶⁵ bastando en tal caso que la Corte verifique si la decisión favorable está "debidamente fundamentada en razones técnicas y científicas" de manera de poder excluir el reproche de arbitrariedad.⁶⁶

Lo mismo sucede en la sentencia de 8 de julio de 2002, que confirma sin modificaciones una sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, que luego de ponderar conjuntamente los antecedentes sobre la resolución impugnada, las objeciones y reclamaciones, y las alegaciones de descargo de la autoridad recurrida, concluye que la resolución no reviste características de ilegalidad ni de arbitrariedad, pues surge como resultado del ejercicio por la autoridad de las facultades que la ley 19.300, y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, le confieren a la Comisión Regional del Medio Ambiente, la que "previo a los estudios, reuniones, análisis y exámenes, concluye que dicho instrumento cumple las exigencias medioambientales, técnicas y de viabilidad..., sin que emerja de toda la tramitación administrativa burocrática, que significa la presentación, estudio y aprobación de un determinado proyecto de esta naturaleza, hechos, situaciones o circunstancias, que signifiquen que en este proceso, ha habido acciones y actuaciones no racionales, no fundamentadas, y contradictorias con la ley y el reglamento".⁶⁷

64 Si bien elimina el párrafo final del considerando 19 de la sentencia de primera instancia que decía: "Lo único que cabe establecer es si el acto contra el que se reclama es arbitrario e ilegal ya que no corresponde referirse a las conclusiones a que hayan arribado los órganos idóneos o expertos, una vez concluidas o agotadas todas las instancias establecidas para regular su quehacer. Asimismo, no resulta propio intervenir en materias que la ley ha radicado directamente, en forma exclusiva y excluyente, en los órganos de la Comisión Nacional del Medio Ambiente".

65 Escenario en el cual "los pronunciamientos o informes de organismos del Estado, con competencia ambiental, no son vinculantes, para la COREMA o CONAMA, ya que estos cuentan con la más amplia competencia para considerarlos y aceptarlos, sin perjuicio de la facultad de prescindir de ellos, en el caso a que se refiere el inciso final del artículo 15 de la ley N° 19.300".

66 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 8 de mayo de 2002, Rol 6.777-2001 (acumulados Rol 6.927 y 6.928-2001). Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 9 de julio de 2002, Rol 1765-2002.

67 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 22 de mayo de 2002, Rol 4837-2001 (acumulados Rol 5252 y 5671-2001). Confirmada por la Excm. Corte Suprema, sentencia de 08 de julio de 2002, Rol 1920-2002.

4.- LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DETERMINAN LA EXTENSIÓN DE LAS FACULTADES DE CONTROL.

La sentencia de segunda instancia, por consecuencia lógica que rechaza los recursos de protección deducidos, no adopta medida de protección alguna. La sentencia de primera instancia, en tanto los había acogido, adoptaba una serie de medidas de protección que van más allá de aquellas que regularmente se habían dispuesto en casos similares, que no eran otras que la nulidad del acto que se tacha de arbitrario y/o ilegal.⁶⁸ En este caso, estimando la Iltma. Corte que la Constitución Política entrega facultades “para la adopción de las medidas que estime adecuadas para restablecer el imperio del derecho, sin señalar expresamente cuales son” (Considerando 42), dispone, por ejemplo, suspender los efectos de la resolución impugnada; retrotraer el procedimiento a la etapa en que se emita nuevo pronunciamiento por un Consejo Consultivo integrado por miembros no inhabilitados; presentación de nuevos addendum en que se satisfagan aspectos técnicos del proyecto; informe de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante sobre los efectos del proyecto en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional; estudio de impacto ambiental sobre la explotación sustentable del bosque en la zona; procedimiento por el cual se entregará energía al Sistema Interconectado Central; disposición final de los aceites generados por el funcionamiento de motores del complejo, etc.

Es en función de dicho razonamiento, también, que la Iltma. Corte puede, por ejemplo: disponer medidas que tienen que ver con aspectos técnicos o de ingeniería, como “impedir que se dispongan residuos sólidos y líquidos en la caldera de poder”; prohibir que “se disponga en forma ordinaria de residuos líquidos en el río Itata, sino únicamente en casos de emergencia”; ordenar la construcción de un “oleoducto de descarga al mar, en un sector a determinar”; ordenar “trasladar el vertedero de la falla geológica al menos un kilómetro” (falla geológica que según antecedentes del expediente administrativo no existía). En lo que respecta al titular del proyecto, se le imponen medidas tales como un determinado diseño técnico de su proyecto; se le ordena incluir en su proyecto aspectos que éste no había considerado como parte de su descripción, etc.

a. Límites de las facultades de la Corte de Apelaciones

El artículo 20 de la Constitución Política dispone que, en caso de acogerse el recurso deducido, la Corte de Apelaciones respectiva “adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. No obstante la amplitud de la disposición constitucional, se estima que la misma tiene una serie de límites que acertadamente se han resumido de la siguiente forma.⁶⁹

i) Límite por finalidad

El primer límite estaría constituido por la obligación del Tribunal de ajustarse a la finalidad que para estas medidas señala el propio texto constitucional, que no es otro que dar debida protección al afectado y, en su caso, restablecer el imperio del Derecho.

⁶⁸ Ver notas 32, 33 y 34.

⁶⁹ Las cuatro conclusiones que se indican son de Olga Feliú de Ortúzar, en Informe en Derecho emitido en la causa.

ii) Límite por respeto al ordenamiento jurídico

Ello significa, por una parte, que las medidas que ordene la Corte no pueden transgredir ni la Constitución ni la ley y, por otra, que el tribunal, al ejercer esta atribución, no puede exceder sus propias facultades, ni asumir funciones o cometidos que el legislador ha entregado a otros poderes del Estado.

iii) Límite por su naturaleza de acción cautelar.

Que fundamentalmente implica que el tribunal sólo podrá actuar si los efectos del acto u omisión que haya privado, amenazado o perturbado al recurrente en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías asegurados por la acción de protección se encuentran subsistentes.

iv) Límite por arbitrariedad

Las medidas que ordene el tribunal no deben ser arbitrarias, esto es, deben ser razonables, no caprichosas, no contrarias a la justicia o a la razón, considerar el bien común, acordes con una ética elemental y jamás inspiradas en propósitos hostiles contra determinada clase o personas.

Los límites referidos deben estar siempre presentes en el razonamiento judicial pues, como bien apunta Luciano Parejo,⁷⁰ "siempre que se aborda la función del control judicial del poder se suele hacer desde la perspectiva adecuada del sometimiento del Estado al Derecho, pero contraponiendo indebidamente Juez y Estado y olvidando, por tanto, que el Juez es también un poder público del Estado; es Estado".

b. La determinación de las medidas de protección en el caso concreto

La determinación de las medidas de protección apropiadas, en cada caso, debe hacerse en función de las garantías constitucionales que se intenta proteger, y éstas deben ser proporcionadas a tal objetivo.⁷¹ Por lo mismo, las medidas que había decretado la Il.tra. Corte de Apelaciones de Santiago iban más allá de aquellas necesarias para restablecer el imperio

70 Alfonso Luciano Parejo, Op. cit., pág. 24.

71 Debe precisarse, respecto de las medidas que podrían adoptarse en casos como el presente, que la Excma. Corte Suprema sentenció –respecto de las garantías constitucionales de los números 1 (derecho a la vida) y 8 (derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación)- que no pueden aparecer vulneradas por la sola dictación de una resolución de calificación ambiental "pues, por su propia naturaleza, este acto no ha producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan precaver, desde que se trata de la valoración técnica que hizo una autoridad, esto es, un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que haya producido un menoscabo en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, y menos aún, que haya originado una contaminación en el medio ambiente" (Considerando 4). Decisión que importa reconocer, en definitiva, que la resolución de calificación ambiental carece de aptitud o entidad suficiente para agravar garantías constitucionales, de manera que la sola ilegalidad o arbitrariedad de una de tales resoluciones no trae aparejada por sí sola la afectación a una garantía constitucional protegida, en tanto no se demuestre relación de causalidad entre el acto que se estima ilegal o arbitrario y el agravio a la garantía constitucional. De no acreditarse la vulneración de una garantía constitucional, siendo como es el recurso de protección precisamente una técnica de protección de tales garantías, no corresponde que la Corte declare en abstracto que tales o cuales actos de ciertos órganos del Estado son nulos (En tal sentido, R.D.J. Tomo 86, Segunda Parte, Sección 5ª, pág. 24).

del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, entrando en materias que son propias de la discrecionalidad técnica de la administración, y sustituyendo dicha discrecionalidad por la del juez.

En el caso Itata, para restablecer el imperio del Derecho, en el supuesto que existiera alguna garantía constitucional agraviada, bastaba con anular el acto administrativo impugnado. Con ello se restablecía al recurrente a la situación en que se encontraba con anterioridad a la dictación del acto que se consideraba agravante. Ir más allá implica intervenir en materias que para los efectos del recurso de protección, se encuentran fuera de su ámbito.

Se ha dicho, tratando de precisar los límites del control jurisdiccional, que “parece indiscutible que el Tribunal, sólo cuando intervengan intereses privados dignos de protección y, por tanto, necesitados de una adecuada ponderación, será cuando tenga atribuida la última decisión vinculante. Ahora bien, cuando sean sólo intereses públicos de distinta índole los implicados en el ejercicio de la potestad de evaluación, la decisión última debe corresponder a la Administración; el Tribunal se ve limitado en su control ante la falta de competencia, ante la atribución por la ley de la “tarea de configuración a la Administración”.⁷² El control de la discrecionalidad de la Administración debe, entonces, situarse en base al principio de interdicción de la arbitrariedad, y en función de dos instrumentaciones: el principio de proporcionalidad y la necesaria fundamentación objetiva de la decisión.⁷³

Supuesto que exista agravio a una garantía constitucional protegida, que concurren presupuestos de ilegalidad y/o arbitrariedad en el acto, y relación de causalidad entre tal acto y el agravio a la garantía constitucional cuya protección se reclama, procede decretar la medida de protección que sea necesaria para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, que, en principio, no será otra que la nulidad del acto administrativo. Sólo excepcionalmente, cuando sea posible dar debida protección al afectado y, en su caso, obtener el restablecimiento del imperio del Derecho a través de una medida menos gravosa que la nulidad, sería posible admitir una decisión distinta (por ejemplo, la suspensión temporal de sus efectos).

En los casos en que el recurso se dirija en contra de concretos actos materiales contaminantes, o agravantes a la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el arco de posibilidades será más amplio, tanto como sean las exigencias que la debida protección del afectado y el restablecimiento del imperio del Derecho requieran. Así, podrá ordenarse: que la recurrida no extienda sus actividades más allá de las 22.00 horas durante todos los días del año;⁷⁴ que se adopten todas las medidas técnicas y de seguridad correspondientes para evitar nuevos derrames de combustible;⁷⁵ que la recurrida proceda dentro del plazo de 30 días a retirar la totalidad del concentrado de plomo que mantiene en patio o en vagones dentro de sus recintos a un lugar fuera de los límites urbanos;⁷⁶ abstenerse la recurrida definitivamente de ejecutar cualquier tipo de operaciones que se refieran al transporte, acopio y manipulación de concentrado de plomo, sin que habilite patios u otros sitios aptos alejados del radio urbano de la ciudad;⁷⁷ que se acondi-

72 Juan Rosa Moreno, “Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental”, Trivium, Madrid, 1993, pág. 167.

73 Juan Rosa, Op. cit., pág. 163.

74 R.D.J., Tomo 97, número 2, año 2000, Segunda parte, Sección 5º, pp. 158 y sig.

75 R.D.J., Tomo 95, número 2, 1998, Segunda parte, Sección 5ª, pp. 106 y sig.

76 R.D.J., Tomo 95, número 2, 1998, Segunda parte, Sección 5ª, pp. 130 y sig.

cionen por la recurrida medios de transporte y embarque sellados para efectuar sus operaciones sin peligro para la salud y daño al medio ambiente;⁷⁸ que el Servicio de Salud respectivo inste a la empresa a cuyo cargo se encuentran los desechos minerales, proceda al saneamiento ambiental de la plataforma en que primitivamente separaban los residuos (...) de manera que se anule cualquier indicio de contaminación en el ambiente y en la población;⁷⁹ disponer medidas para que en el lugar donde se encuentran los residuos no se produzca radiación o contaminación (aislar el sector, envasar desechos en rellenos sanitarios, trasladarlos a celdas de seguridad y a una posterior pavimentación);⁸⁰ cesar en la fecha que se indica de verter sin depuración previa sus residuos industriales líquidos y sólidos en el cauce del río, debiendo a partir de esa fecha emplear los procedimientos provisorios o definitivos que autorice el Servicio de Salud o botarlos en otro lugar habilitado, bajo apercibimiento de decretarse la paralización de la empresa,⁸¹ etc.

c. La diferencia con otros contencioso-administrativos

Lo anterior demuestra que si bien el recurso de protección ha sido utilizado frecuentemente como un sistema de control jurisdiccional de actos administrativos, a tal punto que "este recurso ha sustituido en la práctica al contencioso-administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas",⁸² presenta características propias que determinan la imposibilidad de resolver, en tal procedimiento, ciertas cuestiones que la misma jurisprudencia ha ido precisando. Para tales efectos el recurso de protección resulta un procedimiento inadecuado, que no ofrece garantías procesales ni a la autoridad recurrida, ni a los terceros interesados en la mantención del acto.⁸³

Diferente es el caso de los contenciosos-administrativos expresamente regulados por ley, casos en los cuales habrá de estarse, para determinar los límites del control jurisdiccional de la actuación administrativa, a la regulación que establezcan las normas aplicables.⁸⁴ Acertada es, entonces, la opinión del profesor Martin Bullinger⁸⁵ quien ha señalado que los criterios para la separación de funciones entre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa⁸⁶ "no se obtienen ni de la estructura lógica de la norma ni de los límites immanentes del control

77 Ídem.

78 Ídem.

79 Corte de Apelaciones de Arica, Rol 5904. Excm. Corte Suprema, Rol 2345-98.

80 Ídem.

81 Corte de Apelaciones de Valdivia Rol 8739-98. Excm. Corte Suprema Rol 2151-98.

82 Pedro Pierry Arrau, *Tribunales Contencioso-Administrativos*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, año 1, diciembre de 2000, número 2, pág. 104.

83 Pierry, *Op. cit.*, pág. 124.

84 En el derecho español, por ejemplo, se sostiene que el artículo 24 de la Constitución española "...configuró toda actuación judicial, y por tanto la contencioso-administrativa, como una técnica de tutela efectiva de "derechos e intereses legítimos". El proceso contencioso administrativo pasó a ser así inequívocamente "subjetivo", de defensa de esos derechos e intereses frente a "la actuación administrativa" en general (artículo 106.1 de la propia Constitución) y no precisamente sólo frente a actos administrativos formales". Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Séptima edición, Civitas, Madrid, 2000, pág. 621.

85 Martin Bullinger, Prólogo a la obra de Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 11.

86 O, en otros términos, "precisar bajo qué condiciones y con qué alcance pueden las normas legales abiertas atribuir a la Administración el poder de decisión última sobre su complementación e impedir, así, a los tribunales contencioso-administrativos que se lo arroguen con ocasión del control de la validez de la actuación administrativa".

judicial, sino sólo de la respectiva Constitución vigente y de sus principios fundamentales. Es preciso, pues, interpretar esos principios y buscar un equilibrio”.

A modo ejemplar, podemos señalar que un criterio de revisión más amplio encontramos en el caso del artículo 20, inciso segundo, de la ley 19.300, que concede al titular de un proyecto sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental la facultad de “reclamar” en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a su proyecto. El tribunal podría revisar las cuestiones de hecho y de derecho pudiendo aprobar aquello que la administración rechazó, eliminar condiciones, reemplazarlas, modificarlas, etc. Pero la producción de prueba pareciera verse, en principio, limitada a aquella rendida en sede administrativa, a aquella que no pudo ser rendida, y a aquella que ofrecida no fue recibida. Ello, en tanto es el titular del proyecto quien debe, en sede administrativa, proporcionar aquella que acredite que su proyecto cumple con la normativa de carácter ambiental; y respecto de los efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11 de la ley 19.300, debe, en sede administrativa, proponer medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, el Estudio de Impacto Ambiental “será rechazado”. Abona lo dicho lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 19.300, que dispone que “Si se declara inadmisibles una declaración de Impacto Ambiental o se rechaza un Estudio de Impacto Ambiental, el responsable del proyecto o actividad podrá presentar una nueva Declaración o Estudio”, siempre en sede administrativa. Correspondería éste a un caso de revisión media.

Conocida es también la frecuente sustitución judicial de las determinaciones administrativas en el derecho sancionador, sea a través del recurso de protección, sea a través de los contenciosos previstos para reclamar judicialmente de las sanciones impuestas.⁸⁷ Para los casos señalados en el artículo 64 de la ley 19.300 la regla no debiera ser diferente.

Por otro lado, el artículo 50 de la ley 19.300, permite reclamar los Decretos Supremos que establezcan normas primarias y secundarias de calidad ambiental, normas de emisión, los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas, y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación, por cualquier persona que estime que no se ajusten a lo dispuesto en esa ley y a quien causen perjuicio. En este caso, la revisión pareciera ser mínima, en el sentido que el juez podrá revisar todas las cuestiones de derecho sometidas a su conocimiento (corrección del procedimiento, adecuación a las normas fundantes, legalidad de las decisiones, etc.), pero no podría fijar él mismo los valores de las concentraciones máximas o mínimas permitidas, en el caso de las normas de calidad; o la cantidad máxima permitida de un contaminante, en el caso de las normas de emisión; o fijar por sí mismo medidas para conseguir los objetivos de recuperar la calidad ambiental, en el caso de planes de descontaminación. Pero podría, por ejemplo, determinar que no concurren los presupuestos para la declaración de una zona saturada; o que la zona respecto de la cual se hace la declaración, no corresponde a aquella que se ha acreditado estar saturada; o si las fuentes reguladas, en el caso de un plan de descontaminación, corresponden efectivamente a aquellas ubicadas en la zona previamente declarada como saturada, etc.

87 Véase: Iván Aróstica Maldonado, “El Derecho Administrativo Sancionador y la Proporcionalidad de los Actos Administrativos”, en R.D.J., Tomo 84, número 3, Sección Primera, pág. 109 y siguientes.

5.- CONCLUSIÓN

A modo de conclusión podemos agregar que las diversas sentencias que han dicho que las cuestiones técnicas o científicas, presentes en toda evaluación de impacto ambiental, no pueden ser discutidas en el ámbito de un recurso de protección, no han declarado que éstas no se encuentren sujetas, en cuanto a su apreciación, a la tutela jurisdiccional. Más bien se ha dicho que la naturaleza propia de la acción, y el procedimiento fijado para su tramitación, determinan que no sea procedente emplearla para introducirse en el estudio y resolución de cuestiones que implican conocimientos de ese orden, materias propias de un juicio declarativo de lato conocimiento, o contencioso-administrativo, en que haya oportunidades de accionar, excepcionar, debatir, fundamentar y probar. La búsqueda de la acción apropiada para discutir las "cuestiones técnicas o científicas", presentes en toda evaluación de impacto ambiental, permitirá un control más pleno sobre tales actos administrativos, pero, tal acción parece no ser el recurso de protección.

6. Las sentencias de Primera y Segunda Instancias⁸⁸

a. Rol 1066 – 2001

Recurso de protección: “Modesto Sepúlveda, en representación Ilte. Municipalidad de Portezuelo y otros contra Consejo Directivo de CONAMA”, en contra de Resolución que califica favorablemente EIA “Proyecto Forestal e Industrial ITATA”.

C. de Apelaciones de Santiago.

Santiago, 29 de enero de 2002.

Vistos:

V.- RESOLUCIONES DE LA AUTORIDAD SOBRE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL PROYECTO.

19°.- Que luego de la tramitación del proyecto, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la VIII Región del Bío Bío, por Resolución Exenta N° 025, de 27 de enero de 2.000, calificó desfavorablemente el proyecto “Complejo Forestal e Industrial Itata”, disponiendo que los órganos de la Administración del Estado competentes se encontrarán obligados a denegar todas y cada una de las correspondientes autorizaciones o permisos ambientales asociados al mismo, en razón de su impacto ambiental, en tanto no se les notifique de pronunciamiento contrario.

De esta decisión, el proponente, Celulosa Arauco y Constitución S.A. dedujo recurso de reclamación por razones formales y de fondo para ante la Comisión Nacional del Medio Ambiente, la cual contando con las opiniones del Consejo Consultivo Nacional, de 2 de noviembre de 2.000 y del Consejo Directivo, de 22 de enero de 2001, en orden a acoger el recurso y calificar favorablemente el proyecto, pero formulando exigencias específicas, resolvió en tal sentido y por Resolución Exenta N° 09/2001, de 28 de enero de 2001, la Directora Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, acogió parcialmente el recurso de reclamación, revocó en parte la resolución impugnada, calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Complejo Forestal e Industrial Itata”, sujetándolo a las condiciones y exigencias que expresa, y procediendo a certificar que el mismo se podrá ejecutar en la medida del marco que fijan los requisitos, condiciones, exigencias y obligaciones que se establecen.

VI.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

20°.- Que el recurso de protección de las garantías fundamentales constituye una acción constitucional destinada a revisar la legalidad y/o arbitrariedad de todo acto u omisión que afecte aquellas señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, ya sea desconociéndolas, perturbándolas o amenazándolas en lo relativo a su legítimo ejercicio, caso en el cual se adoptarán las providencias que se juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado, ya sea suspendiendo o dejando sin efecto el acto, si fuere conveniente, adoptando luego la decisión que sea procedente de acuerdo al mérito de los antecedentes, circunstancias que imponen el rechazo de la solicitud de inadmisibilidad formulada por la recurrida, por cuanto en

88 Por razones de espacio sólo se transcriben los Considerandos Finales del fallo analizado

autos se ha impugnado una resolución que califica favorablemente desde el punto de vista ambiental un proyecto de inversión, que de no ajustarse a la legalidad y/o ser arbitraria, afectando garantías constitucionales, carece de fuerza vinculante para los actores, debiendo disponer lo conveniente para asegurar el respeto de la legislación, decisión que sólo podrá adoptarse revisando todos los antecedentes.

21°.- Que se ha planteado la inadmisibilidad de los recursos por no ser la presente la vía adecuada para resolver el problema técnico y especializado de que se trata, que no corresponde, además, se proponga en la vía jurisdiccional, alegación que será rechazada por los siguientes fundamentos:

a) Como se ha dicho, el recurso de protección puede dirigirse en contra de todo acto, sin que pueda omitirse pronunciamiento por razones que el constituyente no ha señalado al reglamentar esta acción, con mayor razón si se han acompañado todos los antecedentes tenidos a la vista por la autoridad al emitir su pronunciamiento; b) La función conservadora ejercida por los tribunales al conocer de un recurso de protección, constituye una jurisdicción especializada, que debe ser ejercida conociendo todos los elementos de juicio que las partes y el tribunal estime conveniente para quedar debidamente ilustrado para emitir pronunciamiento, el cual no puede dejar de manifestar, pues importaría renunciar al ejercicio de su competencia propia e infringir el principio de inexcusabilidad que obliga a los jueces y confiere el derecho correspondiente a las partes, pues no se debe olvidar que los conflictos, que en esencia constituyen una situación violenta, en un Estado de Derecho se resuelven por la vía judicial, cuando no se puede lograr la autocomposición, pues está proscrita la autotutela. En los tribunales está radicada la decisión última de un litigio traído a su conocimiento; c) Los razonamientos que pueda entregar la autoridad al adoptar sus decisiones, no desvirtúa, por este solo hecho, su ilegalidad y/o arbitrariedad, por cuanto los tribunales no se limitan a constar su existencia, sino que califican lo adecuado y suficiente que puedan ser. No se trata de una observación formal, sino que de fondo; d) Actualmente la autoridad carece de competencias meramente potestativas, que dependan de su propia voluntad, que queden al margen del control jurisdiccional, desde el momento que si con sus decisiones se obtienen resultados irracionales, infundados, injustos o contrarios a los antecedentes, deben ser corregidos, por cuanto los jueces tienen la posibilidad de ponderar la arbitrariedad del obrar de la Administración. En todo caso, la decisión impugnada no es de carácter discrecional, en que la autoridad pueda adoptar dos decisiones igualmente justas: calificar favorable o desfavorablemente en su aspecto ambiental un proyecto determinado. Entenderlo de ese modo excluiría de esta vía a toda decisión de las autoridades si éstas se adoptaron por el órgano competente, dentro de la esfera de sus atribuciones y en los casos previstos por la ley, dejando de atender el mérito o los antecedentes que se han tenido en consideración para resolver; e) Desconocer esta instancia constitucional a quien se siente ofendido por el actuar de la Administración, importa preferir se imponga el criterio de una de las partes en conflicto, que aquél que pueda entregar un tribunal, que es precisamente la instancia establecida por el Constituyente para resolver tales controversias; f) Nada obsta que los tribunales ejerzan sus facultades jurisdiccionales, en este caso de control y revisión, respecto de los hechos y el derecho tenido en vista por la autoridad recurrida al dictar el acto impugnado, puesto que son aspectos esenciales y fundamentales que lo componen, de modo que ello resulta indispensable para determinar si la decisión se ajusta a ellos y, por lo mismo, evaluar su legalidad y razonabilidad.

VII.- VICIOS DE PROCEDIMIENTO.

a) Participación en el Consejo Consultivo de miembros inhabilitados.

22°.- Que la participación de Jaime Dinamarca y Claudio Zaror en el Consejo Consultivo que informó favorablemente el proyecto al Consejo Directivo, constituye una irregularidad manifiesta, por cuanto el primero había emitido opinión con anterioridad en este sentido al formar parte de la COREMA y ser uno de los dos votos disidentes, que estuvieron por calificar ambientalmente favorable el proyecto y el segundo formó parte del grupo de expertos que elaboró dicho documento para la proponente Celulosa Arauco y Constitución S.A., los cuales emitieron su opinión al interior del Consejo Consultivo, conociendo con anterioridad la inhabilitación manifiesta que les afectaba, absteniéndose este último de participar en la votación, no así el primero. Esta irregularidad impide reconocer la legitimidad necesaria para producir efectos al procedimiento, por cuanto si bien no se puede determinar si influyó en forma determinante en la resolución adoptada, como por el carácter asesor de dicho Consejo Consultivo, no es menos cierto que de no ser necesaria la ley no hubiera previsto este trámite previo a la decisión del Consejo Directivo, como tampoco hubiera reglamentado su funcionamiento en forma tan desarrollada, como efectivamente se hizo en el Decreto Supremo N° 86, de 8 de mayo de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, especialmente lo relativo a su procedimiento, sesiones, adopción de acuerdos, votaciones, como ocurre en los artículos 10 a 14, entre otros aspectos.

Contrariamente a lo señalado por el recurrido, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado le es aplicable a toda persona, en cuanto integran órganos de la Administración Centralizada o Descentralizada, si tales órganos o servicios han sido creados para satisfacer el cumplimiento de la función Administrativa del Estado, como es el caso de aquellos que forman parte de las entidades encargadas de la evaluación de impacto ambiental, cualquiera sea el título a que lo hacen, de modo que, por la representación expresa que se hizo del hecho de la inhabilitación, su conducta se encuentra reñida con la probidad que debe observarse por todo funcionario de la Administración o quien coopera en el empleo de sus competencias y por ello la integra.

Por lo razonado, queda de manifiesto que la garantía del debido proceso, aplicable al actuar de la administración en la toma de decisiones, ha sido desconocida, puesto que la racionalidad ha estado ausente en el pronunciamiento del Consejo Consultivo, el que debió compeler a dichos miembros a abstenerse de participar en la consulta. Con este proceder se ha desconocido, además, la garantía de igualdad ante la ley, puesto que en este caso se ha obrado de un modo diverso del querido por el legislador.

Lo reiterado de esta irregularidad, invocado por la recurrente como razón para desestimar este capítulo del recurso, sólo remarca la gravedad de la falta y el desinterés de la autoridad por prevenirlas.

b) Omisión de ponderación de observaciones ciudadanas.

23°.- Que la Ley 19.300 y su reglamento desarrollan la normativa que se refiere a la participación ciudadana, la que se considera de modo relevante, por cuanto son las personas que pueden denunciar aspectos no considerados en el proyecto, como también es el medio que la población posiblemente afectada por éste plantee sus inquietudes. Su incorporación en el procedimiento de evaluación les otorga diferentes derechos, como es el formular observaciones, imponerse de la documentación ponderación de sus planteamientos en la resolución que decide la evaluación ambiental, notificación de las resoluciones y poder recurrir.

El inciso segundo del artículo 29 de la ley impone a la Comisión la ponderación de las observaciones ciudadanas, aspecto desarrollado por el artículo 37, letra b) del Reglamento. En este último cuerpo normativo, se agrega que la resolución que acoge el recurso de reclamación, modifica o revoca en parte la decisión, a lo menos deberá cumplir con las exigencias previstas en el artículo 37 (artículo 45), pero el inciso sexto del artículo 54 precisa que "la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva o la Dirección Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso, ponderará, en los fundamentos de su resolución, las observaciones que hubiere recibido", con lo cual queda claramente establecida la obligación de la autoridad recurrida.

Contrariamente a lo sostenido por la recurrida, cuando la norma exige la ponderación de las observaciones ciudadanas, no se refiere a la que se realiza en el fuero interno de la autoridad, actividad que parece indispensable, sino que aquella por medio de la cual se hace conocida dicha evaluación por quien las formuló, satisfaciendo de este modo sus inquietudes. De este modo se podrá advertir por terceros que se examinó con cuidado y detención el asunto, atribuyendo el peso e influencia justa a cada elemento que compone el conjunto del proyecto, con el fin de decidir de manera correcta y con equilibrio la cuestión sometida a su conocimiento. En efecto, ya la Ley de 2 de febrero de 1837 señaló que una de las principales garantías de la rectitud en el obrar de las autoridades es la fundamentación de sus decisiones, obligación que no puede enterarse cumplida del modo que lo señala la recurrida, esto es, considerando las exigencias impuestas al proyecto, puesto que la Comisión Regional del Medio Ambiente las había acogido favorablemente en su pronunciamiento y la resolución impugnada, en definitiva, las desecha.

Por lo expuesto, la recurrida ha dejado de cumplir obligaciones normativas expresamente impuestas, contrariando las normas legales indicadas.

c) Falta de posibilidad de formular observaciones a modificaciones del proyecto.

24°.- Que en el procedimiento de ponderación de los antecedentes del estudio de impacto ambiental procede realizar correcciones o solucionar omisiones, respecto de las cuales ciertamente quienes se hicieron parte han tenido la ocasión de formular sus observaciones, por lo que procede rechazar tal alegación de ilegalidad. Sin embargo, y no obstante lo anterior, corresponde dejar establecido desde ahora, que no resulta procedente dejar determinados aspectos para un cumplimiento posterior a la resolución de la autoridad medio ambiental, por cuanto, evidentemente, en tales aspecto no se permitiría la participación ciudadana.

d) Oportunidad de la decisión.

25°.- Que si bien el proponente del proyecto ha indicado que éste estará plenamente operable el año 2010 ó 2011, su evaluación debe realizarse con anterioridad al inicio de las obras, que se verificarán en un plazo próximo a su aprobación, circunstancia que debe ser considerada como parte del proyecto y supervisada, pues de lo contrario se podría estar requiriendo la autorización ambiental con el propósito de eludir el cumplimiento de disposiciones que pudieran dictarse en el futuro, desde el momento que la propia resolución impugnada señala que la evaluación de impacto ambiental se realiza teniendo en consideración la normativa vigente "al momento de la aprobación del respectivo Estudio o Declaración de Impacto Ambiental". El calendario de la construcción de las instalaciones y su posterior operatividad debe ser respetado por el titular del proyecto, constituyendo una de las condiciones que puede regular la autoridad, su falta de desarrollo afecta la racionalidad de la decisión y, por lo mismo, su legalidad, en lo que dice relación con los artículos 16 de la Ley 19.300, 37 y siguientes del Reglamento.

VIII.- OMISIONES EN LA LÍNEA DE BASE.

a) Informe de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante.

26°.- Que la pertinencia del informe de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, no obstante la opinión de esta entidad expresada a fojas 245, es del todo legal y necesaria en lo que dice relación con el proyecto del Complejo Forestal e Industrial Itata, para lo cual resulta pertinente reproducir los términos del proponente del mismo, Celulosa Arauco y Constitución S.A., al indicar que se requiere "permiso para introducir o descargar materias, energía o sustancias nocivas o peligrosas en aguas sometidas a la jurisdicción nacional" por parte de dicho organismo, circunstancia que justifica ya por la ubicación del lugar donde serán evacuados los efluentes, como por el tipo de caudal, caracterización y tratamiento del efluente que se evacuará, puesto que no le era desconocida la cantidad de residuos líquidos que se dispondrán en el lecho del río Itata, tanto en la etapa de construcción como de operación plena del Complejo, que alcanza a 59.616 metros cúbicos diarios en el caso que use como materia prima eucalipto para producir celulosa y 57.629 metros cúbicos diarios si lo empleado es pino, a lo que se agregan 2.000 metros cúbicos diarios por las otras plantas del mismo Complejo, que indudablemente llegarán al mar, puesto que desde el lugar de evacuación al litoral existe una distancia de poco más de 50 kilómetros, a todo lo que se une el hecho de la existencia de otros residuos líquidos que se incorporan al caudal del río, el que de acuerdo a los mismos informes del proponente del proyecto, su incidencia será de tal importancia que incluso se producirá un cambio de color de las aguas. De este modo, indica el proyecto, se hace aplicable la normativa del Decreto Supremo de Defensa N° 1/92, en sus artículos 135 a 140, pues "aquellas actividades fabriles que en forma directa o indirecta viertan las descargas de su actividad en aguas sometidas a la jurisdicción nacional" deben contar con el informe de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, que debe ser obtenido "en forma previa a su entrada en funcionamiento", por cuanto, de igual modo, "podrá autorizar la introducción o descarga a las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, de aquellas materias, energía o sustancias nocivas o peligrosas de cualquier especie, que ocasionen daños o perjuicios en las aguas, la flora o la fauna, debiendo señalar el lugar y la forma de proceder", en atención al hecho no desconocido que ante tan grave impacto en las aguas, se disponga de un oleoducto para descargar los residuos líquidos directamente al mar, atendida la corta distancia hasta el litoral, en cuyo caso resulta indispensable su pronunciamiento y que la evaluación se extienda a ese lugar en tales condiciones. Concluye el proponente en su proyecto que "El CFI (Complejo Forestal Itata) descargará, previo tratamiento, a través de un sistema difusor de residuos industriales líquidos al río Itata. Dichas aguas están sometidas a la jurisdicción de la DGTM y MM (Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante), por lo que la descarga debe ser autorizada por la DGTM y MM en la VIII Región".

27°.- Que el artículo 66 de Decreto Supremo N° 30, de 27 de marzo de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República previene los daños o perjuicios en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, cuyo vertimiento puede ser directo o indirecto, según lo indica el proponente del proyecto, caso en el cual se deben cumplir las exigencias previstas en la misma disposición como las referidas en el artículo 71 del mismo cuerpo reglamentario.

Lo anterior no se contrapone con el hecho que el río Itata, por sus características esté excluido de la competencia de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, desde le momento que sólo es la segunda hipótesis en virtud de la cual se hace exigible su informe, que no excluye la anterior.

28°.- Que siendo procedente el informe en referencia, se hacía necesario cumplir con describir en la línea de base los efectos que en las aguas jurisdiccionales tendrá el vertimiento de residuos líquidos,

conforme lo exige el artículo 12 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en sus diversas letras, deficiencia que ha impedido un análisis adecuado y completo de las incidencias del proyecto, contraviniendo tanto las normas de los artículos 11 y 12 de la Ley 19.300, como aquellas del Reglamento antes citado; informe que no está en las atribuciones o competencias de la autoridad recurrida prescindir.

b) Actividad forestal.

29.- Que el estudio de impacto ambiental del Complejo Forestal e Industrial Itata omitió, en su línea de base, las consideraciones relativas a los impactos que tendrá su funcionamiento, a lo menos, en las plantaciones de bosques propias, circunstancia que se hacía necesaria. En efecto, sirve para fundar esta exigencia lo expuesto por el proponente en su presentación a la autoridad, en que expresa, que "el complejo industrial ocupará una superficie de 120 hás. (hectáreas) aproximadamente, de las cuales 4 hás. corresponden a la planta de trozado, 10 hás. a la planta de rematadura y 100 hás. a la planta de celulosa, incluyendo las áreas verdes y caminos asociados a cada unidad", sin incluir otras construcciones, en especial los vertederos de residuos sólidos de la etapa de construcción y operatoria, laguna de derrame, acueductos de evacuación de residuos líquidos y captación de agua potable, y plantas de tratamiento primario, secundario y terciario de los residuos líquidos, considerando que en la etapa de construcción se efectuará el "retiro de la capa vegetal y reemplazo por material apropiado", se realizará la "nivelación del terreno", "construcción de caminos internos", "habilitación de áreas de almacenamiento", "habilitación de drenajes para aguas lluvias" y "faenas de saneamiento", actividades que, en cierto modo, se pueden observar en las fotografías acompañadas a fojas 130 de la carpeta 1 de la tramitación del proyecto. En la etapa de operación, se expresa, que en cuanto al requerimiento de materia prima, "el complejo industrial consumirá alrededor de 10.000 m³ de madera / día, de los cuales alrededor de 7.700 m³ serán consumidos en la planta de celulosa. Estas maderas provendrán, principalmente, de las plantaciones de la VII y VIII regiones, de propiedad de la Empresa, la cual será trasladada por medio de camiones o por ferrocarril", debiendo deducirse que sólo el 23% de los requerimientos se adquirirán a terceros, para lo cual se estima por el proponente que en la zona existen plantadas 43.169,92 hectáreas de pino y 3.371,31 hectáreas de eucalipto. No debe olvidarse que se pretende producir al año 400.000 m³ de madera aserrada, 80.000 m³ de madera elaborada y 550.000 toneladas de celulosa blanca.

Conforme a lo anterior correspondía que el proyecto diera cumplimiento a señalar los efectos adversos significativos que tendrá sobre la cantidad de los recursos renovables, como la alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico, conforme lo ordenan los artículos 11 y 12 de la Ley 19.300, a lo que se une el antecedente que en el estudio de impacto ambiental no se hace una predicción y evaluación de las actividades forestales del proyecto, desde el momento que importa disminución de este recurso, con el fin de determinar si es lícito admitir su desarrollo, en atención a que si causa un daño ambiental no tolerable debe ser rechazado. Daño ambiental tolerable que se determina al aprobar ambientalmente el proyecto, puesto que el daño ambiental negligente o voluntario que exceda el margen anterior da origen al rechazo del proyecto, interpretación armónica dada por el Parlamento a las normas del artículo 2°, letra c) y el Título III, Párrafo 1°, todo de la citada ley. No se deja entregado al control a posteriori por las autoridades específicas, que resulta al indispensable de acuerdo a sus competencias propias y en los casos particulares en que se les soliciten los permisos o planes de manejo correspondiente, debido al hecho que en esta ocasión lo que se evalúa es la incidencia total en el medio ambiente y su coincidencia con la preservación natural, en la forma que lo expresa el legislador en el citado artículo 2°. Sustentar que en la evaluación del estudio de impacto ambiental sólo se considera la actividad principal y no la materia prima con que ésta se desarrolla, es

negar la realización de una evaluación integra, por cuanto no se advierte la forma como dicha actividad preponderante – industrial según el recurrido -, podría llevarse adelante sin el componente de la materia prima que le es consustancial, puesto que lo que se pretende es evaluar, precisamente, la sustentabilidad ambiental del proyecto, en todos sus aspectos, por cuanto no sería lógico y razonable permitir una inversión importante que luego quedara inoperante por no existir materia prima para su explotación.

Corresponde, además, destacar dos ideas en torno a este punto: en el Proyecto Cascada Chile, que presentara la misma empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A. a evaluación de impacto ambiental, cuya jurisprudencia acompañó la recurrida y que resumió en su informe, lo que se lee a fojas 124, se indica que en esa oportunidad se discutió el tema, pero que fue rechazado el argumento puesto que la materia prima forestal requerida “será suministrada fundamentalmente por terceros y en menor grado por empresas relacionadas al titular del proyecto”, situación exactamente contraria a la declarada por dicho titular en el caso materia de autos, en una proporción del 77 y 23 % respectivamente. En segundo término, en la ocasión referida se contemplaron medidas de mitigación en lo forestal o de sustentabilidad de la explotación forestal, como era la colaboración con CONAF, capacitación y asistencia técnica a los pequeños y medianos productores, banco de semillas y viveros, registro de proveedores, entre otras, circunstancia que no ha ocurrido ahora, limitándose a expresar el proyecto que se invertirán US\$ 400.000 “previamente en las plantaciones forestales”.

En todo caso, si el proyecto es principalmente industrial o forestal, carece de importancia, puesto que la ley contempla la categoría especial de plantas de celulosa, circunstancia que impone su evaluación en toda la cadena productiva, incluso desde la obtención de la materia prima, con mayor razón si se indica que una proporción de un 77% será de su propiedad.

c) Construcciones.

i) Vertedero.

30°.- Que la situación del vertedero de residuos sólidos y líquidos peligrosos, debe estar ponderada en todos sus aspectos, como sería la posible contaminación de napas subterráneas por fisuras de la base del vertedero, derivadas de sismos o terremotos, puesto que se han proyectado construir en un sector cercano (300 metros) a fallas geológicas, que si bien se indica no son activas ni superficiales, en un país sometido a este tipo de fenómenos en forma habitual cada cierto número de años no debe descartarse, sin perjuicio de lo que pueda acontecer en la realidad de otros estados. En este mismo sentido la falta de desarrollo de esta construcción en orden a señalar si se tratará de un vertedero de disposición final de residuos sólidos y líquidos peligrosos o, atendidas las construcciones y faenas que se desarrollarán en él, será un relleno sanitario o, por último, una planta de tratamiento de residuos, aprovechables en algún sentido posteriormente. De este modo la omisión anotada revela falta de desarrollo del estudio en este punto, que incumple el imperativo legal en tales materias, puesto que cuando la ley hace determinadas exigencias al estudio de impacto ambiental ésta deben ser satisfechas, a lo menos, en todos sus aspectos durante el desarrollo de la evaluación, no con posterioridad, en atención a que en tales circunstancias, de hecho, se prescinde de su evaluación medio ambiental.

ii) Caldera de poder.

31°.- Que en el procedimiento de evaluación del estudio de impacto ambiental se dejó claramente establecido y reconocido por el proponente, que se producirán emanaciones de gases a la atmósfera,

que afectarían, por la cercanía –un kilómetro–, a la comunidad de Nueva Aldea, circunstancia que se trataría de disminuir realizando la mantención anual de la planta durante aquellos días en que el problema, por factores de tiempo atmosférico se pudiera tornar más crítico. Es reconocido por el proponente que, a lo menos la percepción por el sentido del olfato será desagradable a los habitantes del poblado indicado, circunstancia que repercutirá en diferentes otras actividades, recreacionales, de esparcimiento, turísticas, educacionales, sociales, culturales y económicas, respecto de las cuales no se contempla medida de mitigación concreta, desde el momento que el monitoreo olfatométrico no la constituye. En efecto, el sólo hecho de medir los niveles y que estos no sean superiores a los exigidos por la norma ambiental, constituye el aspecto mínimo a satisfacer para calificar ambientalmente un proyecto, por lo cual no constituye ninguna concesión graciosa del titular el respetar estas exigencias. Pero, lo que pretende, precisamente, el legislador, mediante esta evaluación previa, es minimizar, disminuir, mitigar o en último término compensar estos cambios, que indudablemente se concretarán, según se indica en el informe técnico citado por la actora, en náuseas, vómitos, dolores de cabeza, afecciones respiratorias, trastorno del sueño y del apetito, irritación de ojos, nariz y garganta, que podrá destruir el sentimiento de bienestar general, alterando la personalidad y pudiendo producir afecciones psicológicas y psiquiátricas, como la depresión. Quien mide constata, nada mitiga ni compensa, de modo que efectivamente no se contemplan medidas en este aspecto para la emanación de olores, si bien no son dañinos para la salud física en forma inmediata en los niveles permitidos por la reglamentación vigente, la llegarán a afectar por su permanencia en el tiempo.

32°.- Que, en todo caso y para cuantificar el problema, resulta pertinente dejar establecido que el titular del proyecto reconoce que se producirán diariamente 2,24 toneladas de material particulado, 3,04 toneladas de dióxido de azufre, 4,69 toneladas de óxido de nitrógeno, 0,64 toneladas de sulfuros totales reducidos, además de compuestos gaseosos clorados que no precisa, en las plantas principales, sin perjuicios que otras unidades generarán emisiones difusas de material particulado. Dichas emanaciones se tratarán antes de ser descargadas en la atmósfera, reiterando que no afectarán la salud física de las personas, nada se señala de sus aspectos psicológicos o psiquiátricos. (Quienes conocieron la ciudad de Constitución con anterioridad a que se instalara la Planta de Celulosa en dicha localidad, pueden dar testimonio del cambio experimentado en las condiciones de vida de la población).

33°.- Que de la forma como está tratada en el proyecto la caldera de poder representa una planta de disposición de residuos sólidos y líquidos, desde el momento que se indica por el proponente que "la mayoría de los requerimientos energéticos serán suplidos por la combustión del licor negro, de los residuos de madera y lodos combustibles. Además, se consumirán 69 ton/día de petróleo combustible n° 6, principalmente, en el horno de cal (80%) y en la puesta en marcha de las calderas", aspecto reprochado por el Servicio de Salud de Ñuble, atendida la temperatura a que debe funcionar dicha caldera para incinerar adecuadamente los residuos tóxicos o peligrosos, como las medidas anexas para enfriar los gases que dicha combustión produce, argumentándose por la recurrida (fojas 97) que el titular del proyecto deberá "dosificar adecuadamente los residuos en la caldera de poder con el objeto de que, en todo momento, el contenido de sustancias orgánicas halogenadas presentes en el combustible total sea inferior al 1% en masa" y, del mismo modo, deberá "detener la dosificación de estos residuos en aquellos casos en que la temperatura de operación de la caldera de poder sea inferior a 850°C", agregando, luego, que deberá llevarse registro horario de temperaturas, permitiendo que aquellos residuos que no puedan ser incinerados, el titular del proyecto "podrá almacenarlos temporalmente en un área delimitada de la planta, bajo techo y en recipientes metálicos puestos sobre el piso pavimentado"; en el caso de los lodos secundarios se permite su acopio temporal de residuos sólidos peligrosos. En relación con los polvos y lodos de la planta de rematadura se dispuso la caracterización antes de su quemado. A fojas 127, se señala por la misma recurrida, que "respecto a la disposi-

ción de residuos sólidos en la caldera de poder”, en la resolución recurrida “se indica que en cuanto al aserrín del baño antimanchas del aserradero, el polvo de madera y lodos de la planta de rematadura, y a los lodos secundarios del sistema de tratamiento de residuos industriales líquidos del complejo, el titular” no podrá sobrepasar el 1% de la masa combustible y no podrá incinerar tales residuos sólidos y líquidos a menos de 850°c.

No se explica de otro modo toda la situación descrita, que la caldera de poder sea una planta de incineración de residuos, puesto que expresamente se permite, autoriza y reglamenta esta actividad, aún conteniendo conocidas sustancias tóxicas y peligrosas, que pueden ser almacenadas temporalmente esperando ser “empleadas” como combustible en la caldera, cuyos gases producto de la combustión, deben ser tratados mediante abatimiento, enfriamiento y otras medidas dispendiosas injustificadas. En efecto, se observa solamente este fundamento en esta actividad, pues simplemente podría impedirse la disposición final de estos residuos mediante su incineración, imponiendo el uso de combustibles limpios y no incluso el “licor negro”, con lo cual se evitarían o a lo menos se rebajarían significativamente los olores que causan diversas molestias a las poblaciones cercanas. Del mismo modo, resulta inexplicable que se señale que tales sustancias sean “combustible”, si sólo pueden representar el 1% del que alimenta la caldera de poder, la que incluso se hace funcionar más allá de los requerimientos de la planta, según se ha dejado dicho con anterioridad. Es así que corresponde se evalúe el real fundamento de la incineración de residuos en la caldera de poder, por cuanto existen mayores desventajas que beneficios. De ser indispensable o conveniente la disposición final de ciertos residuos por medio de su incineración, la caldera u horno respectivo puede ubicarse en un sector con una mejor evaluación medio ambiental.

34°.- Que la falta de evaluación en la forma indicada, como el hecho que la autoridad sanitaria diera una opinión negativa en cuanto a la incineración de residuos en la caldera de poder, a una temperatura inferior a 1200° C. y los gases que en dicho procedimiento se evacuaban a la atmósfera, constituyen infracción a lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 19.300, como, además, por el antecedente de no contemplar medidas de mitigación en cuanto a los efectos que los gases producirán en las poblaciones o asentamientos humanos.

iii) Tendido de alta tensión.

35°.- Que el estudio de impacto ambiental, atendido los claros términos de los artículos 2, 11 y 12 de la Ley 19.300, debe hacer referencia a todos los aspectos que ambientalmente importa el proyecto, pero fundamentalmente desarrollar las actividades y construcciones que importará su explotación. Es así que, si se señala que existirá una explotación comercial de la caldera de poder al producir mayor energía que la requerida por el complejo, debe evaluarse dicha producción, como también su venta, pues constituye parte integrante de la inversión, como se ha dicho con anterioridad, es ésta la oportunidad en que la autoridad ambiental debe conocer todos los aspectos asociados al proyecto, con el objeto de emitir una resolución global, coherente, armónica y congruente de todas las actividades que contempla directa o indirectamente el proyecto. No es posible que se renuncie a esta ponderación dejando a posteriores decisiones de la autoridad o servicio específico que curse un permiso, pues no se tendrá esta visión integradora de los distintos aspectos de la inversión. De este modo, la generación y venta de energía, como la forma como ésta se transmitirá constituyen aspectos que corresponde considerar en el estudio en referencia, que la autoridad ambiental no puede omitir de analizar; resolver en un sentido contrario infringe injustificadamente las normas en comento.

En este sentido la ley ha previsto que las “centrales generadoras de energía mayores de 3 MW” deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (artículo 10, letra c), cuyo es el

caso de autos, pues en su funcionamiento se proyecta vender al sistema Interconectado Central entre 27 y 46 MW. Como se ha dicho, se generará una cantidad mayor de energía que la requerida para el funcionamiento del Complejo y como esta energía excede de 3 MW, debe ser evaluada ambientalmente en todos sus aspectos, uno de los cuales es el sistema de transporte por medio de líneas de alta tensión, aspecto reconocidamente no incluido en el proyecto y que es indispensable, según se ha visto.

d) Medidas de mitigación, compensación y/o reparación.

36°.- Que, en el mismo sentido de lo expuesto precedentemente, la falta de medidas de mitigación, compensación o reparación en el estudio presentado por el proponente, incurre en la misma ilegalidad y arbitrariedad que se ha señalado. En efecto, las mediciones, registros, monitoreos, adecuación a las normas máximas de emisión de contaminantes, en general, el cumplimiento de las reglamentaciones legales y control de la actividad, no constituyen medidas de la naturaleza que se han enunciado, puesto que en nada minimizan, disminuyen o indemnizan los efectos desfavorables a terceros que la actividad proyectada producirá.

Por otra parte, el artículo 16 de la Ley 19.300, cuando señala las condiciones que debe cumplir un estudio de impacto ambiental para ser aprobado, expresa al respecto que deben proponerse "medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas", esto es "proporcionadas para el fin a que se destinan"; no cualquier medida, como lo indica la recurrida, puesto que de ser así se prescindiría del sistema de evaluación.

37°.- Que corresponde inmediatamente despejar toda duda en torno al inciso final del artículo 16 de la Ley 19.300 antes referido, el cual contempla las exigencias que debe satisfacer un estudio de impacto ambiental para ser aprobado, esto es, cumplir con la normativa de carácter ambiental, se hace cargo de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11 de la misma ley y propone medidas de mitigación compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, el proyecto respectivo será rechazado.

En el curso del procedimiento deben quedar evaluados todos los aspectos del proyecto, para luego la autoridad, en su caso, proceda aprobarlo, o se disponga, con anterioridad a su pronunciamiento, que las omisiones o deficiencias observadas sean corregidas o subsanadas. Aspecto que, en el caso de autos, encuentra mayor sustento, desde el momento que, según el calendario de inversiones del titular del proyecto, éste se terminará de ejecutar al cabo de 10 años.

38°.- Que sobre la base de lo razonado precedentemente, la calificación ambiental favorable del proyecto Complejo Forestal e Industrial Itata, sujeto a las condiciones que se indican, no encuentra sustento en la Ley 19.300, conforme a cuyo artículo 16, inciso final, debió rechazarlo y ordenar se presentara un nuevo proyecto o se subsanaran las omisiones o deficiencias observadas. La condicionalidad que permite la ley dice relación con medidas concretas y cuyos diseño, planificación, construcción y puesta en marcha sean objeto de proyectos concretos; no que se entreguen al proponente para desarrollar con posterioridad y que una autoridad o servicio específico evalúe, puesto que se pierde el sentido general y armónico del sistema de evaluación de impacto ambiental, que tiene en cuenta lo que sucede con todas las fuentes que evacúan contaminantes, de manera que, no obstante que individualmente no sobrepasen los límites máximos permitidos, reunidos en conjunto pueden llegar a sobrepasar tales niveles, diluyéndose la responsabilidad. De este modo, por ejemplo, los planes de manejo, gestión, disposición y contingencia de residuos que se indican en el motivo noveno de la resolución impugnada no han sido presentados a evaluación, sino que se le impone al titular del proyecto hacerlo, pero su ponderación se entrega al Servicio de Salud Nuble, perdiendo toda competencia las Comisiones del Medio Ambiente. En otro sentido, los planes de vigilancia de toxicidad,

tratamiento, monitoreo y seguimiento que se expresan en el considerando octavo de la misma resolución, pueden determinar que no se produzcan los niveles individuales que superen la norma, pero en conjunto con otras fuentes, ello es posible. El caso de la ciudad de Santiago es una muestra: ninguna de las fuentes fijas e incluso móviles genera material particulado, gases y otros componentes del smog en los niveles máximos previstos por la autoridad como peligrosos para la salud humana; sin embargo, su reunión o en conjunto, pueden llegar a producir diversas situaciones críticas en el medio ambiente.

39°.- Que este Corte no puede dejar de mencionar que la evaluación ambiental debe contener todos los aspectos que implica la actividad proyectada, desde la forma en que se proveerán las materias primas que requiera hasta la disposición de los residuos que generen, con el fin de evitar contaminaciones con elementos no controlados. En efecto, el titular del proyecto no ha individualizado los vertederos municipales en que dispondrá de parte de los residuos sólidos de naturaleza doméstica atendida su cantidad y lo pequeñas que son las localidades cercanas, como tampoco ha indicado la identidad de los adquirentes de los aceites que generará su proceso industrial, aceptando la autoridad ambiental que se exprese de un modo genérico "venta a terceros".

IX.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

40°.- Que la Constitución Política de la República garantiza la integridad psíquica de las personas, la que aparece amenazada por la evacuación permanente y constante de gases que contendrán emisiones que podrán ser percibidas por el sentido del olfato.

El incumplimiento de diferentes normas de la Ley 19.300, según se ha expresado en el fallo, vulnera el principio de igualdad ante la ley, puesto que no corresponde a ninguna autoridad permitir dicho proceder y si se hace se transgrede la mencionada garantía.

La falta de imparcialidad de dos miembros que participaron en la Comisión Consultiva, importa un desconocimiento a la garantía del debido proceso administrativo, circunstancia que acontece de igual modo al omitir pronunciamiento respecto de las observaciones de la ciudadanía interesada en el proyecto.

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se ve afectado, por cuanto la falta de antecedentes para emitir un pronunciamiento debidamente informado por las autoridades medio ambientales, constituye una amenaza a esta garantía, pues hace posible que pueda ser vulnerada, en la forma que lo ha sido, por una resolución ilegal y, además, arbitraria.

La Constitución Política de la República ha generado un sistema de respeto de garantías constitucionales equilibrado y no absoluto, con lo cual las personas pueden ser afectadas en sus derechos por el ejercicio legítimo que de los suyos se haga por otros individuos, prefiriendo, en todo caso, la integración armónica o la forma que en menor medida se los limite, sin que se pueda llegar a desconocer tales derechos fundamentales en su esencia. De modo que, debe explorarse la posibilidad de integrar el proyecto presentado por la Celulosa Arauco y Constitución S.A., con las actividades ya existentes en la zona, que está relacionado con los siguientes aspectos fundamentales: a) Explotación sustentable del recurso forestal, efectuando el estudio de impacto ambiental en tal sentido, previo a la aprobación final del proyecto; b) Impedir que se disponga de residuos sólidos y líquidos en la caldera de poder, solicitando al proponente presente un sistema alternativo, el que deberá ser evaluado conjuntamente con el materia de este recurso; c) Prohibir se disponga en forma ordinaria de residuos líquidos en el río Itata, sino únicamente en casos de emergencia y con los sistemas que actualmente contempla el proyecto y aquellos señalados en el motivo octavo de la resolución impugnada. Se contemplará en forma ordinaria un oleoducto de descarga al mar, en un sector a determinar, en que se cause un menor

impacto en el ecosistema, ya sea por el lecho del río Itata o por un trazado terrestre, previo el tratamiento antes referido a los residuos, con el fin de evitar emergencias en el evento que ocurran filtraciones; d) Trasladar el vertedero lejos de la falla geológica, a lo menos en un kilómetro, para evitar riesgo de filtraciones ante el quiebre de su base, e) Consultar con las comunidades que de esta forma puedan verse afectadas, las medidas de mitigación, compensación y/o reparación, resolviendo la autoridad en el evento, que no exista acuerdo sobre cuáles son las apropiadas. Con estas medidas, esta Corte estima se integrarán armónicamente los titulares del proyecto con las comunidades, y no se vulnerarán las garantías de desarrollar actividades económicas y el derecho de propiedad tanto de los recurrentes como de Celulosa Arauco y Constitución S.A.

X.- MEDIDAS QUE SE ADOPTARÁN.

41°.- Que ante el hecho de la existencia de garantías constitucionales vulneradas por la amenaza de las mismas, corresponde que esta magistratura adopte las medidas necesarias para el restablecimiento del Derecho, que en este caso se considera apropiado suspender los efectos de la resolución impugnada y retrotraer el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del Complejo Forestal e Industrial Itata, a la etapa que se emita nuevo pronunciamiento por el Consejo Consultivo, integrado por miembros no inhabilitados, esto es que no haya emitido opinión, disponiendo de los antecedentes necesarios para resolver, se exija al proponente la presentación de los adenda correspondientes en que se satisfagan los siguientes aspectos: a) Las exigencias a que se refieren los motivos octavo a vigésimo de la resolución recurrida; b) Se solicite informe a la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante sobre todo el proyecto, en las materias de su competencia; c) Se confeccionen y presente, previo a la resolución por la autoridad en torno al proyecto del Complejo Forestal e Industrial Itata, un estudio de impacto ambiental en torno a la explotación forestal sustentable en la zona; el procedimiento por el cual se entregará la energía que se venderá al sistema Interconectado Central; disposición final de los aceites generados por el funcionamiento de motores del complejo; oleoducto al mar de los residuos líquidos, descarga de los residuos líquidos al mar; determinación de los vertederos en que se dispondrá de los residuos sólidos de tipo doméstico; sistema de disposición de residuos sólidos industriales que no importe su incineración, y medidas de mitigación, compensación y/o reparación propiamente tales y no solamente que tengan por objeto controlar, monitorear o efectuar un seguimiento al proyecto, las que se podrán proponer por las comunidades afectadas que se hicieron parte en este procedimiento. Todo, sin perjuicio de lo señalado en el motivo anterior.

42°.- Que la Constitución Política de la República entrega a esta Corte de Apelaciones la adopción de las medidas que estime adecuadas para restablecer el imperio del Derecho, sin señalar expresamente cuales son, pero se estima apropiado no generar nuevos y persistentes conflictos entre las partes, sino que se cree debe buscar la forma en que éstas se integren, por lo que las insta, por el bien de la comunidad en general, que busquen y obtengan el mayor entendimiento en la construcción de un polo de desarrollo que les beneficie mutuamente.

De conformidad a lo expuesto, disposiciones legales citadas, lo normado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la materia, se resuelve:

I.- Que se rechazan las alegaciones de inadmisibilidad sustentadas por la recurrida, y

II.- Que se acogen los recursos de protección presentados en los tomos I, II y III de que se compone este expediente y que fueran acumulados, suspendiendo los efectos de la Resolución Exenta N° 09/2001, de fecha 26 de enero de 2001, dictada por la Directora Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y se retrotrae la tramitación del proyecto a que se evacúe la consulta por el Consejo Consul-

tivo y se adopten las demás medidas a que se refieren el párrafo final del motivo cuadragésimo y cuadragésimoprimer.

Se previene que el Ministro señor Muñoz estuvo, además, por disponer que la titular del proyecto, entre las medidas que debe adoptar para minimizar, mitigar, compensar y/o reparar los posibles daños al medio ambiente que el Complejo Forestal e Industrial pueda ocasionar, estudie la posibilidad de crear una fundación, por todas las comunidades del valle, que tenga por objeto la promoción de la zona en todos sus aspectos, especialmente en cuanto al turismo, actividades recreaciones de la población, venta de los productos elaborados en la zona, como aquellos otros que se acuerden, con un aporte económico de todos los sectores interesados, cuya proporción se determinará por ellos y en el evento que no exista acuerdo lo señalará la autoridad.

Regístrese, notifíquese y, en su oportunidad, archívese.

Redacción del Ministro señor Sergio Muñoz Gajardo.

Rol N° 1.066-2001. acum. 1.100 y 1.101-2001.

Pronunciada por los Ministros señores Haroldo Brito Cruz, Jorge Dahm Oyarzún y Sergio Muñoz Gajardo.

b. CORTE SUPREMA

Santiago, diecinueve de junio del año dos mil dos.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos vigesimosegundo a cuadragésimo segundo, que se eliminan;

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1°) Que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio;

2°) Que, en la especie, se ha solicitado por los recurrentes de fs.1 del Tomo I, fs.1 del Tomo II y fs. 5 del presente Tomo III, amparo constitucional por la presente vía, en resguardo de los derechos de todos ellos, en contra de la Resolución Exenta N° 09 de 26 de enero del año 2001, del Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, mediante la cual se acogió el recurso de reclamación interpuesto por CELCOS.A. contra la Resolución Exenta N° 025/2000 de la COREMA VIII Región y se calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto denominado "Complejo Forestal Industrial Itata", pretendiéndose que se deje sin efecto la resolución primeramente mencionada, que se estima arbitraria e ilegal y violatoria de las garantías constitucionales a que se refieren los números 1 –derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas-, 2 – igualdad ante la ley-, 3 –debido proceso-, 8 –derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación-, 19 – derecho a desarrollar cualquier actividad económica-, 24 – derecho de propiedad- del artículo 19 de la Carta Fundamental;

3°) Que el petitorio de la referida acción cautelar, contrariamente a toda la materia que se aborda en los tres escritos que la contienen y desarrollan, es simple y se limita a una solicitud principal, consistente en "Que se deje sin efecto la RESOLUCIÓN EXENTA N° 09/2001, dictada por el Consejo Directivo de CONAMA, disponiendo el rechazo del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Complejo Forestal Industrial Itata;", y a una accesoria, relativa a la condena en costas para la recurrida;

4°) 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 aquél 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 desde que el fallo que se revisa, las limitó a cuatro: las contenidas en los números 1, 2, 3 y 8 del artículo 19 de la Carta Fundamental. De ellas, la primera y la última, no pueden aparecer vulneradas por el informe impugnado, pues por su propia naturaleza, este acto no ha producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan precaver, desde que se trata de la valoración técnica que hizo una autoridad, esto es, un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que hay 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;

5°) Que en lo tocante a las restantes garantías mencionadas por el fallo de primer grado, la igualdad ante la ley es un principio que, por su esencia, no puede estar comprometido en el presente asunto, puesto que para que ello pudiese ocurrir, tendría que demostrarse que la Resolución cuestionada ha sido expedida en detrimento de otros proyectos, de igual naturaleza y fines, que hayan sido rechazados pese a presentar los mismos caracteres del autorizado, lo que ni siquiera ha sido alegado;

6°) Que mención aparte y especial merece a esta Corte el principio contenido en el número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, como se sabe, dicha garantía no está protegida, por este recurso, salvo y exclusivamente, en su inciso cuarto, que prescribe que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta". Los recurrentes han estimado vulnerado este principio por supuestas irregularidades en los procedimientos administrativos previos a la expedición de la Resolución impugnada.

Sin embargo, basta el solo planteamiento de la situación, para entender lo distante que se encuentra de la realidad jurídica debatida en el presente proceso: el precepto en cuestión impide el juzgamiento por comisiones especiales y establece que éste ha de hacerse por el tribunal que se ha fijado por la ley de antemano. Atribuirle el carácter de comisión especial y que actué en un juzgamiento, al ente que participó en el proceso que culminó con la dictación de la tantas veces referida Resolución, no sólo resulta contraria al claro tenor de la norma, sino también al simple sentido común. Aun más, no existe

en la especie un destinatario del precepto, esto es, un afectado por el juzgamiento ilegal, que pueda invocar esta norma. Parangonar, entonces, el proceso administrativo con uno jurisdiccional, para el único efecto de buscar un resultado favorable a las pretensiones de los numerosos recurrentes, constituye un error jurídico;

7°) Que, como si lo anterior no fuera suficiente, y aun cuando la lógica requiere que se analice previamente la existencia de un acto ilegal o arbitrario, o que reúna ambas calidades, que sea la base de la acción, en la especie hay que mencionar que la arbitrariedad difícilmente podría existir, desde que la Resolución recurrida viene a ser el resultado del actuar de un ente colectivo, que ha contado con numerosos antecedentes a la vista; por lo que no puede sostenerse que ha sido arbitraria o producto del mero capricho. Podrá estimarse equivocada, pero ello es de suyo discutible y no es posible de constatación empírica, pues en cuanto se pronuncia sobre situaciones del futuro, será entonces el tiempo el que diga si hubo o no error. Y si, contrariamente a lo que se ha estimado por la Resolución recurrida, se producen más adelante actos ilegales o arbitrarios y vulneratorios de las garantías constitucionales protegidas, será esa entonces, la ocasión precisa para acudir de protección o por otra vía que se estime adecuada;

8°) Que, en cuanto a la ilegalidad, hay que recordar que la base de todos los recursos, en cuanto a esta materia, se encuentra en un Decreto Supremo, norma que no reviste la naturaleza jurídica de ley, por lo que su vulneración no puede originar la interposición ni menos, el acogimiento del presente recurso. Respecto de las normas de ley que se mencionan, esto es, aquellas de la Ley N° 19.300 y del Código Sanitario, es del caso apuntar que siendo discutible su posible vulneración ello tampoco puede originar el acogimiento de este recurso, especialmente si se tiene en cuenta lo anteriormente dicho en orden a que el acto, además de ilegal o arbitrario debe vulnerar alguna garantía constitucional, lo que no se ha producido. Debe puntualizarse, a este respecto, que la Comisión responsable del acto de que se trata analizó numerosos estudios, entre ellos, los referidos a la contaminación que podría generar, en un tiempo futuro, el funcionamiento del proyecto industrial de que se trata;

9°) Que, en las condiciones expresadas, no resulta posible el acogimiento del recurso, al no haber ningún acto que amague derecho alguno, y la presente cautela, por su propia naturaleza, es de derechos preexistentes y no discutidos, y se ha establecido para reprimir los resultados gravosos de actos u omisiones ya consolidados y no futuros, que pueden o no ocurrir sobre y que pueden o no tener los efectos perjudiciales para los derechos de las personas en cuyo favor se dice recurrir. El recurso de autos tiene por base meras conjeturas basadas en el temor de que se realicen determinados actos y los efectos que ellos pudieren producir;

10°) Que, se colige de lo dicho, que en la especie no sólo no existe acto ilegal o arbitrario respecto del cual se pueda intentar cautela, sino que no existe acto alguno, por lo que el recurso carece de fundamentos de hecho y de derecho;

11°) Que, en tales condiciones, el recurso de protección no puede prosperar y debe ser desestimado, siendo del caso hacer presente, aún cuando ello trascienda del objetivo de la presente acción cautelar, lo delicado de la situación planteada en autos en que aparece el eterno dilema del progreso frente al impacto que éste necesariamente tiene en el ecosistema. Sin embargo, tal disyuntiva no tienen por qué existir, y frente a la situación de si el hombre debe estar al servicio de la naturaleza o del ecosistema, o si debe poner ésta a su servicio, esto es, aprovechar racionalmente los recursos naturales existentes, con los resguardos debidos, no cabe otra alternativa que concluir que esta última es la respuesta; y si, pese a todas las providencias que necesariamente han de adoptarse, de todos modos se producen actos que vulneran garantías constitucionales precisas y determinadas, ello debe llevar a intentar las acciones pertinentes, pero no del modo como se ha hecho en el presente caso, en que se ha actuado sobre

meras aprensiones, sino frente a resultados perjudiciales efectivos y concretos, y en que, por lo demás, se advierta una clara relación entre tales actos y los referidos efectos perjudiciales, cuestión que, como quedó sentado precedentemente, en la especie no ocurre.

De conformidad asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se revoca la sentencia apelada, de veintinueve de enero último, escrita a fs.251 de este tomo tercero y se declara que se rechazan los recursos de protección deducidos en lo principal de las presentaciones de fs.1 de los tomos I y II y fs.5 de este tomo III.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Srta. Morales, quien estuvo por confirmar la sentencia recurrida pero con declaración de que dicha Resolución queda sin efecto, para lo cual tuvo únicamente presente lo siguiente:

a) Que la Resolución por la que se culmina el proceso de evaluación de impacto ambiental de un proyecto de aquellos de que trata el artículo 10 de la Ley N° 19.300, como es el que nos ocupa, y que lo califica favorablemente, resulta ser vinculante para todos los organismos del Estado que, en su momento, no podrán denegar las autorizaciones ambientales pertinentes, según expresamente lo dispone el artículo 24 de la ley citada;

b) Que, quien disiente, estima que el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente queda sujeto al control jurisdiccional, por la vía de la presente acción cautelar, en atención a la trascendencia de sus decisiones en el ámbito administrativo, según se ha dejado dicho, si en ellas se incurriera en ilegalidad al pronunciarse sobre un determinado proyecto de impacto ambiental, como sucede si sus resoluciones no se ajustan a la ley o a la normativa reglamentaria, que está obligada a respetar conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley ya citada; y si obra sin considerar principios de justicia o resuelve al margen de lo razonable, o lo que es lo mismo, actúa en forma arbitraria.

La eventual concurrencia de estos presupuestos, en el acto matriz que determinará la concreción de un proyecto con la posible transgresión a garantías amparadas en la Carta Fundamental, hace conducente, en criterio de quien disiente, que la Resolución que emita el citado Consejo Directivo de la CONAMA, respecto de un proyecto de impacto ambiental, sea impugnada por la presente acción cautelar;

c) Que entre las exigencias que debe cumplir un Estudio de Impacto Ambiental, según se establece en el artículo 12 de la Ley N° 19.300, se cuentan: "Las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente";

d) Que el proyecto de que se trata, dado su emplazamiento, se encuadra, en sus efectos, en lo dispuesto en el artículo 11 letras a), b) y e) de la Ley N° 19.300, constituyendo de por sí un riesgo para la salud de la población y para las actividades agrícolas y vitivinícolas tradicionales en la zona aledaña a su localización, razón por la cual, de los términos de su aprobación por el Consejo Directivo depende la integridad física de las personas y el ejercicio de su derecho a vivir en un medio libre de contaminación.

En consecuencia, el ente administrativo instituido por ley para evaluar y autorizar proyectos de esta naturaleza, debe adoptar, llevadas al extremo, las medidas de resguardo necesarias para proteger a quienes desarrollan su vida y actividades en el sector de todo riesgo personal y por consiguiente minimizar los efectos adversos en el ecosistema del cual dependen;

e) Que el Estudio de Impacto Ambiental que nos ocupa, presentado a la COREMA, no contenía todas las medidas de mitigación, compensación o de reparación apropiadas, como lo exige la citada

norma, y que el titular estaba obligado a proponer, dada la naturaleza y complejidad de la actividad industrial proyectada, con efectos adversos en el suelo, en el agua y en el aire; y con repercusión en los distintos ámbitos antes señalados;

f) Que reclamada la Resolución de la COREMA que rechazó el citado Estudio, el Consejo Directivo de la CONAMA dispuso en la Resolución que se impugna, una serie de medidas que la proponente debe cumplir, y que se describen en los considerandos octavo, noveno, décimo, duodécimo, décimosexto, décimoséptimo y vigésimo, con las que trató de suplir la ineficiencia del proyecto, según dejó constancia la COREMA en su Resolución Exenta N° 025 de 27 de enero de 2000;

g) Que dentro de las medidas adoptadas en su Resolución la recurrida no se hizo cargo en su totalidad de las indicaciones formuladas al Proyecto por la COREMA ni en su integridad de los informes técnicos en que aquélla se fundamentó, entre otros aspectos en lo que dice relación con el recurso agua potable y de riego, ya que, no obstante las medidas de control que establece, no da solución a su abastecimiento en situaciones de emergencia, desatendiendo en esta parte lo informado por el Servicio de Salud de Ñuble; ni se refirió al caudal del río en tiempos de extrema sequía, ni a la especial conformación de su desembocadura, lo que podría determinar, por acumulación, una concentración de sustancias tóxicas en su cuenca provenientes de los efluentes. De dichas sustancias, la propia Resolución indica, como las más peligrosas, los organoclorados, pero sólo, se limita a dejar constancia que las “concentraciones finales que se esperan en el cauce receptor, no representan, de acuerdo a la evidencia científica existente, un riesgo inmediato para la salud de las personas”, afirmación en la que subyace la posibilidad de que se produzca un riesgo o un mal futuro, lo que sería irreparable tanto porque podría afectar las aguas subterráneas, como por su efecto bioacumulativo en los animales y seres humanos; en este punto, es importante considerar la advertencia prevista en las conclusiones del informe de la Empresa ESSBIO S.A. remitido a la Corporación Regional del Medio Ambiente, de fecha 8 de junio de 1999, en las que se previene sobre el efecto tóxico de los microcontaminantes químicos contenidos en los efluentes de las plantas de celulosa, y que se indican como de carácter mutagénico y carcinogénico.

Tampoco se sitúa en situaciones de emergencia que podrían desencadenar un desastre ecológico provocado por fenómenos climáticos que traigan aparejado un exceso de lluvias o movimiento de tierra por actividad sísmica o por deslizamiento en la región, limitándose a exigir adicionalmente y a futuro: “Datos de mecánica de suelos para construcción del pretil y la estabilidad del cerro”, por lo cual no se precisan medidas tendientes a paliar sus efectos.

En relación a lo informado por el Servicio de Salud del Maule, no dio razón suficiente para disponer la adopción de medidas preventivas durante el proceso de disposición de residuos sólidos en la caldera de poder a temperaturas inferiores a 850° C, en circunstancias que el Servicio señalado fijó el riesgo en la generación de contaminantes, bajo los 1.200°C;

h) Que, las reflexiones precedentes permiten concluir, a quien disiente, que la Resolución impugnada se dictó transgrediendo expresas normas legales e incurriendo –en ciertos aspectos– en falta de razonabilidad y, por lo tanto, en arbitrariedad, afectando en grado de amenaza las garantías de los numerales 1 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, lo que permite en su concepto el acogimiento del recurso en la forma que ha dejado dicha.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Gálvez y la disidencia, su autora.

Rol N° 764-2002.

MRG.-

Pronunciado por los Ministros señores Ricardo Gálvez B., Orlando Alvarez H., Domingo Yurac S., Humberto Espejo Z. y la Ministra señorita María Antonieta Morales V. No firman los Ministros señores Orlando Alvarez H. y Humberto Espejo Z., por encontrarse ambos con licencia médica, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y al acuerdo del fallo.