

CASO “CELCO”: UN FALLO CONTROVERTIDO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

I. INTRODUCCIÓN

Para una mejor comprensión del fallo que se analizará se ha estimado conveniente incluir como antecedente la sentencia de primera instancia de la Excma. Corte de Apelaciones de Valdivia que acogió el recurso de protección ambiental presentado contra “Celulosa Arauco S.A.

1. Recurso de protección “Vladimir Riesco y otros contra Celulosa Arauco S.A.”

1.1. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA DE 18 DE ABRIL DE 2005. (ROL N° 33/2005)

(Por razones de espacio sólo se reproducen algunos Considerandos y la parte resolutive).

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de acuerdo con lo precedentemente reseñado, el fundamento inmediato de este recurso lo constituye el hecho de que la empresa Celulosa Arauco S.A. sometió a evaluación, un proyecto diferente de aquél diseñado, construido y ejecutado por la empresa recurrida, situación que a juicio de los recurrentes, constituye una arbitrariedad y una ilegalidad, ya que operar en tales condiciones, sin contar con una resolución de calificación ambiental que dé cuenta de los reales efectos medioambientales que dicho establecimiento industrial genera o pueda generar sobre los ecosistemas de la zona y sobre los habitantes de las comunas de San José de la Mariquina, Lanco, Máfil y Valdivia, implica una trasgresión no sólo al derecho a un medio ambiente libre de contaminación, garantizado constitucionalmente, sino que al derecho a la vida y a la integridad física y síquica de las personas, al derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral el orden público o la seguridad nacional y al derecho de propiedad.

SEGUNDO: Contra las mismas garantías atentan además, a juicio de los recurrentes, las modificaciones que fueron detectadas por la empresa MA&C Consultores y que fueron realizadas unilateralmente por la empresa recurrida, además del deber que le impone a la misma empresa, la Resolución 279 de COREMA de la Región de Los Lagos, en su considerando 12, que dice relación con la identificación de impactos ambientales no previstos en el proceso de evaluación ambiental del proyecto, todo lo cual

se traduce, a juicio de los recurrentes, en una amenaza inminente sobre el legítimo ejercicio del derecho a la vida e integridad física y síquica, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a desarrollar una actividad económica y al derecho de propiedad de los mismos.

TERCERO: Para los recurrentes, los fenómenos descritos tornan inminente la sensación de amenaza que se cierne sobre ellos y los habitantes de la Provincia, máxime, si se considera que estas situaciones afectan o pueden afectar actividades tan relevantes como el turismo, la agricultura o el esparcimiento de los habitantes de Valdivia y San José de la Mariquina.

CUARTO: Que la recurrida, Celulosa Arauco S.A., ha sostenido en su informe de fs.80, reseñado en la parte expositiva de esta sentencia, la improcedencia de este recurso, atendidos los fines que a través de él se persiguen, que no es el restablecimiento del imperio del derecho, sino que la dictación de una sentencia declarativa de derechos, pretendiéndose a través de él, que esta Corte asuma las funciones técnicas que corresponden al titular del proyecto y a los Órganos de la Administración del Estado, a quienes la ley les encomienda conocer de las materias que se proponen en el recurso y que, en consecuencia, ésta se encuentra sometida al conocimiento y decisión de los Órganos del Estado, por lo que la cuestión está sometida al imperio del derecho.

QUINTO: Que tal alegación implica, en definitiva, desconocer la competencia de esta Corte para resolver el presente asunto, porque, según lo expresado por el recurrido, significaría resolver, en sede jurisdiccional, materias que le competen a la Administración del Estado, sin perjuicio de los recursos procesales, en su caso.

SEXTO: Que es del caso consignar, que el asunto que ha sido sometido al conocimiento de este Tribunal, lo ha sido mediante un Recurso de Protección, a través del cual la Constitución Política de la República, no sólo permite la tutela jurisdiccional de los derechos invocados, sino que impone a esta Corte de Apelaciones el deber de pronunciarse sobre él y a tomar las providencias del caso, si fuere necesario, para restablecer el imperio del derecho.

SÉPTIMO: La supremacía de la Carta Fundamental que informa a todo el ordenamiento jurídico y, en particular, los derechos fundamentales en ella reconocidos y garantizados, condiciona la actuación de cualquier órgano público, como susceptible de ser motivo del Recurso de Protección y en tal sentido, la materia sometida al conocimiento de este Tribunal, dice relación con un mandato constitucional, de manera que la competencia que a esta Corte le ha sido entregada a través de este Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales señaladas en el artículo 20 del Texto Legal Fundamental, se impone sobre las competencias reglamentarias asignadas a antes de la Administración, aun cuando ellos sean reclamables ante los Tribunales de Justicia, en la medida que a través de este recurso esta Corte de Apelaciones proceda a enjuiciar la existencia o inexistencia de vulneración de garantías constitucionales determinadas a través de una acción u omisión específica, si ha sido esta ilegal o arbitraria, o ambas, y se dé el presupuesto de urgencia que justifique esta acción y la inmediatez de las medidas que puede adoptar el Tribunal.

OCTAVO: *Que con respecto a la solicitud de rechazo del recurso de protección que la recurrida funda en que no se habría producido vulneración de Garantías Constitucionales, ni habría habido por su parte, actuaciones ilegales ni arbitrarias, corresponderá a esta Corte analizar: a) si las actuaciones imputadas a la recurrente, que han quedado detalladas en la parte expositiva de esta sentencia, constituyen vulneración a las Garantías Constitucionales, cuyo amparo se ha solicitado a través de este recurso, b) si dentro de este marco, adolecen de ilegalidad o arbitrariedad.*

DÉCIMO: *Señalan los recurrentes, que la introducción de modificaciones al Proyecto sometido a Estudio de Impacto Ambiental, por parte de la recurrida, que han sido reseñadas en la parte expositiva de esta sentencia y que fueran denunciadas por la Consultora MA&C, a petición de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, son cambios significativos del proyecto que según expone la propia consultora, obligan a evaluar sus impactos ambientales, toda vez que un aumento en el potencial productivo de un establecimiento industrial de la envergadura de la Planta de Celulosa Valdivia, necesariamente conlleva riesgos muy considerables para el entorno, que se traduce en una amenaza inminente al ejercicio legítimo de los derechos cuya tutela reclaman, entendiendo como amenaza el peligro de que suceda algo desagradable o perjudicial.*

DUODÉCIMO: *Que corresponde, de acuerdo con lo dicho, referirse a la Resolución Exenta N° 279/98 de 30 de octubre de 1998 que resuelve calificar favorablemente el Proyecto Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A., con la alternativa de descarga de sus efluentes líquidos en el Río Cruces con tratamiento terciario, condicionándolo al cumplimiento de los requisitos, condiciones, exigencias y obligaciones establecidas en los considerandos N° 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 14 de la misma Resolución, si bien se considera en la misma, que de acuerdo con los antecedentes y documentos contenidos en el proceso de evaluación de impacto ambiental del proyecto y de los reparos consignados en los puntos 7, 8 y 9 (medidas de mitigación, reparación y compensación del proyecto), este cumple con la normativa de carácter ambiental aplicable y se hace cargo apropiadamente de los efectos características y circunstancias a que se refiere el artículo 11 de la ley 19.300 a través de las medidas que se señalan en los numerales 7, 8 y 9 referido. La referida Resolución aprobatoria consigna en el N° 12 de sus consideraciones que, en relación a la identificación de impactos ambientales no previstos en el proceso de evaluación ambiental del proyecto, el Titular deberá informar a la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Décima Región de Los Lagos la ocurrencia de dichos impactos, asumiendo las acciones necesarias para mitigarlos, repararlos y/o compensarlos, según corresponda. La información a esta Comisión Regional del Medio Ambiente deberá ocurrir inmediatamente después de la detección del o los impactos ambientales. Se agrega en dicha Resolución que el Estudio de Impacto Ambiental y su Adenda se consideran oficiales y partes integrantes de la misma; por lo tanto, todas las medidas y acciones de gestión ambiental señaladas en dichos documentos se consideran asumidas por el titular, el que se obliga a su cumplimiento, en lo que corresponda y/o en lo que no fuere modificado por la Resolución.*

DÉCIMO CUARTO: *En relación al Proyecto, corresponde precisar los siguientes aspectos. 1) Que, presentado, fue motivo de observaciones hechas, tanto de personas naturales como de personas jurídicas, quienes hicieron presente los efectos negativos que irrogaría tal proyecto en la zona. 2) Según los antecedentes generales aportados por el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y sus Adenda, el Proyec-*

to Valdivia consistió en el diseño, construcción y operación de una planta industrial para la obtención de 550 mil toneladas anuales de celulosa Kraft blanqueada de pino radiata y eucaliptus. 3) La vida útil del proyecto se precisó en más de 20 años y considera una inversión de \$ US 1.045 millones. 4) El proceso operativo se describe en el proyecto como: la cocción en digestores, de la madera previamente astillada, usando una solución de hidróxido de sodio y sulfuro de sodio a temperatura y presión, de modo de remover la lignina de la estructura de madera y así liberar las fibras de celulosa. La masa de fibras de celulosa que se denomina pulpa, se lava con agua y pasa a los procesos siguientes de remoción adicional de lignina, primero con oxígeno y finalmente con otros agentes de blanqueo. De esta forma se obtiene una pulpa blanqueada, que una vez secada se exporta en forma de láminas para la elaboración de papel. 5) Los principales consumos de productos químicos, corresponden a carbonato de calcio y clorato de sodio (14.000 toneladas al año), hidróxido de sodio (12.000 toneladas al año), oxígeno (10.000 toneladas al año) y ácido sulfúrico (9.500 toneladas al año). 6) Respecto de los requerimientos de agua, este es de 250 litros para refrigeración y de 900 litros para proceso. Estos caudales se obtienen de mercedes de aguas del Río Cruces. 7) El total de efluentes líquidos es de 1.150 litros que equivale a 99.360 metros cúbicos por día. 8) Los principales parámetros del efluente final e intermedio son: DQO, DBO5, AOX, ClO3, Sólidos Suspendidos, Nitrógeno Total, Fósforo Total, Color, Ácidos Grasos, Ácidos Resínicos, Clorofenoles, Arsénico, Cadmio, Cobre, Cromo, Hierro, Mercurio, Molibdeno, Níquel, Plomo, Zinc y Temperatura. Las exigencias técnicas especificadas en la Resolución aprobatoria, en los puntos 8.1.2.3 de la letra i) de la Resolución en comento bajo el título de Medidas de Mitigación Reparación y Compensación se refieren, básicamente, a los siguientes aspectos: a) El diseño del sistema deberá permitir que los diferentes efluentes de la planta sean llevados separadamente al sistema de tratamiento de efluentes, lo que debe permitir efectuar tratamientos selectivos adecuados a cada caso. b) El sistema de control de derrames al interior del proceso deberá ser diseñado de manera de recuperar y recircular dichos derrames. Sólo como último recurso, en caso de que el líquido quede inhabilitado para el proceso, al mezclarse con otra sustancia, será drenado lentamente y en forma controlada al sistema de tratamiento de efluentes. c) Neutralización del efluente de manera que a la salida de esta etapa el efluente tenga un PH cercano a 7. d) Con el objeto de reducir el contenido de sólidos suspendidos, los efluentes con sólidos provenientes del blanqueo de lavado y de producción de pulpa, deberán ser tratados en un clarificador de sedimentación. El lodo eliminado del clarificador deberá ser desaguado en una prensa de lodo y enviado a la caldera para su incineración. e) El tratamiento secundario de los efluentes se deberá llevar a cabo mediante un sistema biológico utilizando un proceso de aireación prolongada o extendida. f) El tratamiento terciario deberá operar de manera continua. La COREMA X Región podrá autorizar el vertido de efluentes sólo con tratamiento secundario en época de mayores caudales en el río, con el respaldo de un estudio adecuado que deberá entregar el proponente. g) Enfriamiento del efluente: la temperatura de descarga del efluente en el río Cruces no deberá ser superior a los 30°C, el aumento de temperatura podría generar una barrera térmica para el buen desplazamiento de peces migratorios. h) Los lodos provenientes de los clarificadores primarios y secundarios deberán ser desaguados y quemados en la caldera de poder, simultáneamente con los desechos de madera, e i) El proyecto deberá implementar un control de monitoreo de la calidad de los efluentes. 9) Sobre la generación de residuos sólidos generados en el proceso, estos de acuerdo con el proyecto, deberán separarse en tres grupos: los que contienen sólidos orgánicos irrecuperables, los que contienen sólidos inorgánicos combustibles y

aquellas corrientes mixtas que requieren ser manejadas y dispuestas en el depósito de residuos sólidos de la planta y que corresponden a un 2% del total. Estima la recurrida que durante su operación, la Planta Valdivia generaría unos 40.100 metros cúbicos al año de residuos sólidos (sin incluir los lodos del tratamiento terciario). Se sostiene que de acuerdo con lo precisado por US/EPA, corresponden a residuos no peligrosos. 10) Se precisa que no es factible esperar un impacto significativo en el oxígeno disuelto en el río, lo que se afirma a propósito de un ejercicio de simulación en la variación de este parámetro aguas debajo de la descarga. Dentro del humedal se alcanzaría el menor nivel de oxígeno disuelto igual a 6 mg/l produciéndose luego un proceso de re-oxigenación que incrementaría paulatinamente los niveles de oxígeno. De acuerdo con ello, el nivel de oxígeno disuelto en el río se mantendrá siempre sobre los 5 mg/l. 11) Sobre los efectos tóxicos o agudos sobre la biota, se señala que las concentraciones de compuestos potencialmente tóxicos estimadas en el Estudio de Impacto Ambiental y sus Adenda, permiten apreciar que los límites establecidos se encuentran por debajo de los umbrales de toxicidad crónica y aguda determinadas en las especies estandarizadas utilizadas en bioensayos para análisis de toxicidad. Agrega el proyecto, en este acápite, que es necesario señalar que estas especies no pertenecen a ninguna de las poblaciones del río Cruces o del humedal, por lo que estos resultados no pueden ser extrapolados a la fauna autóctona, sino que sólo pueden ser utilizados como una referencia. 12) Sobre el aumento de temperatura de las aguas, para evaluar la barrera térmica para el desplazamiento se utilizó un modelo de simulación bajo condiciones de escenario extremo, vale decir temperatura de la mezcla de residuos industriales líquidos y las aguas de enfriamiento menor a 35 cc, caudal semanal mínimo cada 10 años del cuerpo receptor ($7Q_{10}=7,3$ metros cúbicos por segundo) y temperatura promedio del río Cruces durante el verano (20°C). Bajo tales condiciones y considerando la temperatura de la mezcla, el aumento de temperatura media final será de 2,6 con mezcla completa a 2 kilómetros desde el punto de descarga. 13) Con relación al humedal, se indica que el impacto del aporte de nutrientes producto de la descarga del efluente, se analiza por medio de dos índices: el Factor Limitante y el Estado Trófico. El primero de ellos está relacionado con el crecimiento de algas en un cuerpo de agua y que es proporcional a la cantidad de nutrientes de dicho cuerpo de agua bajo condiciones apropiadas de luz y temperatura. Mediante tal sistema se señala que en el caso del río Cruces, el fósforo es potencial factor limitante del desarrollo algal. Por medio del segundo de ellos, el estado trófico de un cuerpo de agua resulta una condición que se relaciona con el grado de productividad primaria, y sus categorías están definidas en base a las características específicas del cuerpo de agua y a su concentración de nutrientes. La medición de nutrientes se determinó por un estudio realizado por la Universidad Austral de Chile, señalándose que el Índice del Estado Trófico (TSI), es función de la concentración del Fósforo Total. Se indica que el humedal del río Cruces presenta un proceso de sucesión ecológica con una tasa más alta que la esperada en condiciones naturales debido, principalmente, al lavado y arrastre por lluvias fertilizantes (nutrientes) desde los suelos agrícolas aledaños. Concluye señalando que es el fósforo el que constituye en el Factor Limitante del Crecimiento algal. En el mismo documento se precisa que todos los nutrientes descargados llegan al humedal. De acuerdo con el análisis realizado, la variación de los nutrientes en el río Cruces es el siguiente: Nitrógeno total: Sin descarga: 133,7; con descarga: 225,2. Fósforo total: Sin descarga: 12,9; con descarga: 20,0. Se aprecia en el proyecto que tanto bajo el escenario "sin" como "con" descarga de residuos industriales líquidos (RIL) tratados, el Fósforo se constituye en el Factor Limitante del crecimiento algal en el humedal. Se concluye que, teniendo en consideración que el

efluente del tratamiento terciario considera una concentración de 0,33 mgP/l, el valor del TSI (Estado Trófico) aumenta a 47, con lo cual el humedal se sigue manteniendo bajo condición oligotrófica con probable mesotrofia durante el verano. En consecuencia el efluente no generará efecto perceptible alguno sobre el Santuario de la Naturaleza, en relación a la descarga de nutrientes. 14) En relación con la reducción de la actividad fotosintética y efectos estéticos, se afirma que el aumento de color de las aguas del río Cruces será inferior a 15 mg/l Pt-Co considerando el caudal promedio del mismo durante la estación estival. Se espera que el efecto estético producto de la descarga del efluente en el citado río, previo tratamiento terciario, sea indetectable. Desde el punto de vista biológico y basado en literatura publicada, no se generan impactos significativos en ambientes acuáticos con incrementos del color inferiores a 100 mg/l Pt-Co. Se concluye, entonces, que la descarga del efluente del río Cruces no afectaría el paso de la luz solar a través del agua, eliminando la probabilidad de ocurrencia de cualquier efecto de tipo biológico. 15) Aumento de la concentración de metales pesados en el ecosistema del río Cruces y el Santuario de la Naturaleza. Señala el proyecto que, a condiciones de caudal mínimo, las concentraciones esperadas por el Proyecto en el efluente de la planta en términos de metales pesados quedan bastante por debajo de lo establecido en el Proyecto definitivo de Norma para la Regulación de Contaminantes asociados a las Descargas de Residuos Líquidos a Aguas Superficiales: Arsénico, Cadmio, Cobre, Cromo, Hierro, Mercurio, Molibdeno, Níquel, Plomo y Zinc.

DÉCIMO QUINTO: El proceso de evaluación de impacto ambiental del Proyecto Valdivia se concluye con medidas apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características y circunstancias establecidos en el artículo 11 de la Ley 19.300, determinándose que estas deben cumplirse durante el proceso, algunas de las cuales han quedado precisadas en esta sentencia y que se titulan como "Medidas de Mitigación Reparación y Compensación del Proyecto", y que dicen relación con los siguientes aspectos: Control de Emisiones Atmosféricas, Manejo de Residuos Sólidos, Tratamiento y Disposición de Aguas Servidas, Control de Emisiones Atmosféricas, Control Tratamiento y Disposición Final del Efluente Líquido, Manejo de lodos, Sistema de Control. El programa de seguimiento ambiental sobre el río Cruces se encargará a una institución o empresa que deberá contar con reconocida experiencia en los análisis requeridos o, en lo posible, certificación de algún organismo público competente en la materia.

DÉCIMO SEXTO: Que la empresa de Consultoría y Apoyo de Seguimiento Ambiental de la Planta Celulosa Valdivia, MA&C Consultores Ltda., evacuó un informe en el mes de agosto de 2004, que corresponde, según se indica en el mismo, al Informe Final de esta Consultoría, encargada por CONAMA de la X Región, que empleó como método de análisis, la verificación para detectar desviaciones entre la Resolución de Calificación de Impacto Ambiental y el Estudio de Impacto Ambiental, respecto del proyecto construido y operando. A modo de Introducción, el Informe de la Consultora precisa que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es uno de los instrumentos de gestión ambiental más importantes de nuestro país y que de su efectividad dependen grandes promesas de protección ambiental. A continuación se expresa que la Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A. representa uno de los proyectos industriales más grandes del país, por lo que constituye un gran desafío, referido al seguimiento ambiental. Se señala, además, que la planta reúne complejidad, no sólo por su magnitud, sino porque está ubicada en una zona con áreas ambientales de protec-

ción (Santuario de la Naturaleza) en una región muy turística y con una población muy sensible con el cuidado de la naturaleza. Hace presente el Informe que una vez iniciada la construcción de la planta, se dio inicio a numerosas denuncias y reclamos producto de la instalación y puesta en marcha de la misma, situación que obligó a tomar medidas en los servicios públicos competentes. Los objetivos precisos del Informe fueron: a) Colaborar y diseñar un programa de seguimiento ambiental de la Planta Valdivia, con énfasis en los impactos ambientales relevantes. b) Revisar y analizar los compromisos adquiridos por la empresa en su evaluación ambiental, identificando los posibles vacíos de la evaluación ambiental del proyecto y entregar una propuesta para evaluarlos o hacerles un seguimiento adecuado. c) Definición de los puntos críticos del proceso productivo y actividad de la planta vinculados directamente con la generación de impactos ambientales. d) Definición de los conocimientos que los Servicios Públicos y profesionales deben poseer para realizar el seguimiento. Se señala en el Informe que las principales desviaciones detectadas deben ser rápidamente subsanadas para evitar impactos ambientales. Las desviaciones detectadas se clasifican en el informe, en dos grupos: a) desviaciones mayores y b) desviaciones menores. Las desviaciones mayores, son aquellas que por sus características generan un impacto ambiental de importancia si no se toman las acciones correctivas. Las desviaciones menores se definen como aquellas que por sus características generan un impacto ambiental leve o moderado que se puede solucionar, rápidamente, si se toman las acciones correctivas necesarias. Respecto de residuos líquidos: 1).- Una parte de la descarga del agua de refrigeración se descarga al sistema colector de aguas lluvias (aproximadamente 50 l/s) (desviación menor) Las aguas lluvias no deben ir mezcladas con las aguas del proceso (desviación menor). 2).- No se tiene un procedimiento objetivo para monitorear la efectividad de la mezcla del efluente en el cuerpo receptor. Existen fundadas razones para pensar que el emisario de mezcla del efluente presenta algún tipo de deficiencia (desviación menor). 3).- En visita a terreno se constató la existencia de una descarga de aguas producidas por rebalses de la piscina de decantación (desviación menor). 4).- Existe una descarga de emergencia que no fue incorporada al Estudio de Impacto Ambiental y, por lo tanto, no se tienen los estudios necesarios para caracterizar al cuerpo receptor y los impactos ambientales que puede provocar en caso de descargas de emergencia (desviación mayor). 5).- Existe un aumento de producción respecto de lo declarado en RCA que es de 550.000 a 850.000 ton/año (desviación mayor). 6).- Existe un aumento del diseño de la laguna de contención de derrames, la cual estaría diseñada para una contención de 24 horas y se diseñó para 48 horas del volumen del efluente. (desviación menor). 7).- Respecto de las descargas de aguas lluvias y de emergencia, se observa que el diseño no considera efectos potenciales, tales como erosión, socavamiento del terreno, y arrastre de sólidos hacia el río Cruces, producto de la misma descarga (desviación menor). 8).- Se constató en el terreno la existencia de canaletas de concreto de aproximadamente 1,5 metros de profundidad, hacia donde drenan, por gravedad, los riles de los patios. No se observó la presencia de rejillas en estas, que permitan evitar la caída de troncos o material que puedan obstaculizar el flujo. (desviación menor) Si bien las canchas tienen canaletas internas de recolección de riles, no existen canales perimetrales que las separen de los caminos adyacentes. Al no estar delimitadas se contaminarán fácilmente con aguas lluvias, aceites derramados por camiones y arrastre de sólidos (desviación menor). De acuerdo con el Informe en comento, se detectaron, respecto a los residuos líquidos, 8 desviaciones, de las cuales 2 son desviaciones mayores y 6 son menores. Las dos desviaciones mayores se refieren a: 1.- descarga de emergencia y 2.- aumento de producción. Situaciones que de acuerdo con la descripción de lo que se consideran desviaciones mayores, han provocado un impacto ambiental de importancia y debe corregirse; ambas deben entrar al SEIA como modificación del EIA del proyecto. Respecto de los residuos

industriales sólidos y el almacenamiento de productos químicos: Se detectaron 11 desviaciones, ninguna de ellas mayor. Las desviaciones N° 4 a 11 se refieren al manejo integral del depósito de residuos industriales. El Informe señala que si bien estas desviaciones, 11 en total, son menores, la suma de ellas constituyen una desviación mayor. Respecto de la contaminación atmosférica no se detectaron desviaciones con la RCA, como está definida en el año 1998, cuando se realizó la calificación ambiental.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que se agregó a estos antecedentes, la Resolución N° 1.396 del año 2004, que dispone las medidas que deberá arbitrar Celulosa Arauco para prevenir los riesgos de almacenamiento transitorio de los residuos líquidos, provenientes del proceso de mantención, consistentes en aceites y lubricantes usados, solventes, líquido de corte, petróleo con impurezas, filtros de aceites.

DÉCIMO OCTAVO: Que se agregó a los antecedentes, un Estudio Técnico sobre el origen de las mortalidades y disminución poblacional de aves acuáticas en el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, en la Provincia de Valdivia, de fecha 15 de diciembre de 2004, emanado de la Universidad Austral de Chile. En este documento se analizan los resultados de estudios anatómicos, parasitológicos, microbiológicos y toxicológicos realizados en una muestra de 31 cisnes recolectados en el Santuario y humedales adyacentes. Según el referido informe los hallazgos de necropsia más significativos lo constituyeron cuadros de gastritis parasitaria (100 %), emaciación, (pérdida de peso, 61,3%) e hidropecardio (54,8 %). Se consigna que en 29 estómagos no se encontró alimentos. En un 100 % los análisis microscópicos mostraron la presencia de pigmentos hepatocitos. Se detectaron lesiones renales relacionadas con trastornos degenerativos; el 53% de los riñones presentó pigmentos a nivel de los epitelios tubulares. El cerebro evidenció proliferación de células gliales, en un 83 %. El 100% de los hígados y el 88,5 % de los riñones analizados presentaron positividad a la tinción de Perl, demostrando presencia de hierro en dichos órganos, en concentraciones particularmente alta en los hígados. Se consigna en el informe que los 31 cisnes presentaron algún tipo de parasitosis. No se descartó la presencia de agentes virales. Con fecha 11 de febrero de 2005 se evacuó un nuevo Estudio sobre el mismo tema. Sus conclusiones son las siguientes: a).- la mayoría de las aves presentaba un severo cuadro de emaciación, indicativo de carencias de alimentación, producto de la drástica disminución en la distribución y cobertura espacial del luchecillo en el Santuario y Humedales adyacentes. b).- Todos los cisnes presentaron gastritis parasitaria. c).- Dos cisnes del Santuario presentaban Aspergilosis (cuadro producido por un hongo oportunista, lo que indicaría inmunosupresión secundaria al mal estado nutricional. d).- En los hepatocitos de los cisnes del Santuario se encontró abundante presencia de hierro, lo que se relaciona a una alta absorción de este metal a nivel intestinal. Los análisis toxicológicos llevados a cabo en plantas de luchecillo recolectadas en el Santuario y humedales adyacentes muestran altas concentraciones de metales pesados, especialmente hierro, lo que permite relacionarlo con la, también, alta concentración de hierro encontrada en los hígados de los cisnes, constituyendo el luchecillo, el alimento de mayor importancia en estas aves. Este luchecillo, “egeria densa”, es una planta superior, con flores, perteneciente a la familia “hydrocharitaceae”, constituida en forma casi exclusiva por plantas acuáticas. No es un alga, corresponde a una planta, cuyo cuerpo vegetativo consta de raíz, tallo, hojas y flores como cuerpo reproductivo. Es una planta de origen tropical. De acuerdo con los análisis realizados, las poblaciones de “egeria densa” se encuentran muy deterioradas, ya que los escasos individuos que las forman están en un estado deplorable, con escasa

biomasa, mucha necromasa y una proporción altamente anormal de raíces. Estas plantas enfermas, son los restos de las antiguas poblaciones y se encuentran a profundidades mayores de las esperadas. Se consigna la diferencia detectada en la situación de estas plantas en el Santuario de la naturaleza, que desapareció a partir del año 2004 y las plantas fuera de él. Se agrega que las plantas acuáticas se caracterizan por ser acumuladoras de metales, lo que ha permitido la utilización de las mismas para la remoción de los materiales pesados desde aguas residuales. Se sugiere, por la literatura que el PH en el agua es uno de los factores más importantes de influencia en el proceso de biabsorción de metales pesados. Se señalan 17 como metales pesados biodisponibles, de importancia para los organismos y ecosistema. Se consigna: Hierro, Molibdeno y Manganeso, como micronutrientes importantes; Zinc, Níquel, Cobre, Vanadio, Cobalto, Wolframio y el Cromo como elementos tóxicos con mayor o menor importancia como elementos traza, en tanto que el Arsénico, Mercurio, Plata, Antimonio, Cadmio, Plomo y Uranio, no tienen función conocida como nutrientes. Debido a su capacidad de absorber metales pesados desde el ambiente, las plantas acuáticas son herramientas útiles para realizar procesos de remoción natural de estos elementos. Se concluye en el informe que: a) las concentraciones de Hierro y Manganeso fueron las más altas de sedimentos recolectados en las estaciones dentro y fuera del Santuario. b) las concentraciones promedio de Hierro y Manganeso en los sedimentos del Santuario fueron significativamente mayores que las de los sedimentos de los ríos Calle-Calle y Valdivia. c) las concentraciones de Hierro, Zinc y Cobre en los sedimentos del Santuario, fueron mayores a las detectadas en estudios anteriores en los sedimentos de los ríos Calle-Calle, Valdivia, Cau-Cau y bahía de Corral. d) las concentraciones de AOX en los sedimentos fueron más altas en el sector Rucaco, a partir del cual disminuyen hacia el interior del Santuario. e) se detectaron trazas de ftalatos, a-pineno y a-cubeteno y un compuesto asignado a tributil fosfato (TBF) en los sedimentos del santuario.

DÉCIMO NOVENO: Que conviene recordar que el precepto constitucional del artículo 19 N° 8, está contenido, también en el artículo 1° de la Ley 19.300 que dispone que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, se regularán por la referida ley, definiendo la misma ley cada uno de estos conceptos, de entre los cuales es necesario destacar: la “conservación del patrimonio ambiental” cuyo significado legal es el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración; “contaminación” definida por la referida ley como la presencia en el ambiente de sustancias, elementos energías o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente; “contaminante” como todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido o una combinación de ellos cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo puedan constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población o a la conservación del patrimonio ambiental; “impacto ambiental” como la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto, actividad en un área determinada. Para terminar el análisis de conceptos relacionados con el tema que nos ocupa, corresponde referirse al concepto “medio ambiente libre de contaminación”, que aparece descrito por la ley 19.300 como aquél en que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental.

VIGÉSIMO PRIMERO: *Que los antecedentes reseñados en forma precedente, y los documentos técnicos que forman parte de este recurso, revelan que la empresa recurrida, Celulosa Arauco S.A. tiene una capacidad instalada que excede la capacidad que consideró el Estudio de Impacto Ambiental; además dan cuenta prolija de trasgresiones e incumplimientos, por parte de ella, al Estudio de Impacto Ambiental aprobado, apareciendo evidente que estas actuaciones han implicado e implican, actualmente, situaciones de riesgo ambiental que CONAMA ha tratado de reparar, mediante fiscalizaciones y exigencias.*

VIGÉSIMO SEGUNDO: *Que los antecedentes vertidos en el proceso a través de informes técnicos, tales como: el contenido de metales pesados en el agua, entre los que merece destacarse el Hierro, por la absorción que de este elemento hace el lucheillo, vegetal que constituye la mayor fuente de alimento para los cisnes; la parasitosis detectada en las aves, que aparece consecencial al estado de desnutrición de los mismos, y que habría producido una merma en la población de cisnes en el Santuario, constituye una muestra visible de un proceso de contaminación ambiental, en una zona de preservación de la naturaleza, (aledaña a las instalaciones industriales de la Planta), que se encuentra amparada, además, por la Convención para la "Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América", conocida como Convención de Washington, ratificada por Chile en 1968.*

VIGÉSIMO TERCERO: *Que los reconocidos cambios de temperatura y de coloración a que han sido sometidas las aguas del río Cruces por el proceso productivo de la Planta Celulosa Valdivia; la acreditada descarga de los efluentes en los términos irregulares que se han constatado y que quedan consignados en los documentos acompañados; el exceso de nutrientes detectados en el agua; el mayor volumen de descarga de aguas utilizadas en relación con el proyecto presentado y su correspondiente autorización, permiten afirmar a esta Corte que la empresa recurrida ha producido algún grado de impacto al medio ambiente, situación que implica la existencia de un proceso que constituye, a lo menos, amenaza de contaminación, que en el momento del Estudio no se pudo prever ni medir, no sólo porque éste se planteó en forma teórica, según lo permite el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en letra g), del artículo 12, y que aparece de la propia lectura de la Resolución Aprobatoria, (el muestreo de aves que se consideró, por ejemplo), sino por el mayor volumen con que la Planta ha operado, situaciones todas que permiten llegar a la conclusión, de que la recurrida ha actuado en forma arbitraria e ilegal lo que importa un atentado en contra de la Garantía Constitucional contenida en el N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política. No puede soslayarse el hecho de que en la evaluación de desviaciones se detectaron tres desviaciones calificadas como mayores, cada una de las cuales constituye, por sí sola, un impacto ambiental de importancia, lo que significa de acuerdo con la definición legal de impacto ambiental, que la empresa recurrida ha provocado directa o indirectamente, una alteración al medio ambiente por la actividad que desarrolla, debiendo adoptarse las acciones correctivas necesarias. De acuerdo con lo dicho, debe concluirse que la empresa recurrida ha realizado acciones que resultan transgresoras a normativas legales y reglamentarias expresas y que son, por lo mismo, arbitrarias, si se tiene en consideración que cualquier acción o conducta que se realice dentro de una actividad que se desarrolla bajo la tutela de la legislación ambiental, debe ser especialmente cuidadosa y racional, y por tanto tener justificación, ya que, efectiva o potencialmente, significa una repercusión medioambiental y, en consecuencia, una merma en el derecho fundamental a un medio ambiente libre de contaminación del que son titulares todos los individuos.*

VIGÉSIMO CUARTO: *Que de acuerdo con lo que dispone la Ley 19.300, la Empresa Arauco S.A., deberá someter su proyecto a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, por no haberse realizado éste de acuerdo con sus condiciones materiales reales. Atendida la envergadura del proyecto y los efectos ambientales que el mayor volumen instalado implica agregar a los ya detectados en la zona, y que, en consecuencia, representan un eventual y peligroso aumento de contaminación ambiental, que debería influir en la condición de los humedales y del Santuario de la Naturaleza, atendida la gravitación e importancia que el río Cruces -en cuyo caudal se descarga el agua procesada- tiene sobre la zona, y teniendo presente, además, que el mayor incumplimiento y peligrosidad ambiental se detectaron con respecto a los residuos líquidos, obliga a oportunas medidas. La pérdida de vegetación y especies animales; la amenaza que tales efectos implican para una zona en que la naturaleza está protegida por las características de ésta; el hecho de que en el proceso productivo se toma y se elimina el agua desde y al río Cruces y la obligación que este Tribunal tiene por imperativo constitucional de adoptar las providencias necesarias, aparece como ineludible suspender las actividades de la Empresa recurrida, en tanto no se lleve a cabo el Estudio de Impacto Ambiental, dado el justo equilibrio que tal medida representa entre la obligación de velar porque este derecho no sea afectado y la acción amenazante que la conducta de la recurrida ha representado, que obliga a esta Corte a proteger en forma urgente. El transcurso del tiempo, atendidos los antecedentes considerados en esta sentencia, implicarían retardo en la protección de los derechos amagados.*

En mérito de lo considerado, disposiciones legales citadas, Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección y artículo 20 de la Constitución Política de la República se resuelve:

Que SE ACOGE, con costas, el Recurso de Protección deducido a fs. 1 en contra de Celulosa Arauco y Constitución S.A., representada legalmente por don José Vivanco, debiendo someterse a Estudio de Impacto Ambiental las modificaciones de hecho detectadas a la Resolución de Calificación Ambiental N° 279 de 1998, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos. Se dispone, además, la paralización de faenas de la Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A., mientras se realice el Estudio de Impacto Ambiental y hasta su aprobación.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad. Rol N° 33-2005. Redacción de la Ministra señora Ada Gajardo Pérez.

1.2. SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 30 DE MAYO DE 2005
(RECURSO 1853/2005 – RESOLUCIÓN 10.751 – SECRETARÍA ÚNICA).

Santiago, treinta de mayo de dos mil cinco.

VISTOS:

*Se reproduce el fallo enalzada con excepción de sus fundamentos quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo noveno (sic), vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto, que se eliminan. Y teniendo en su lugar y, además, presente: 1º) Que de conformidad con lo prevenido en el N° 1º del Auto Acordado de esta Corte de 24 de junio de 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, la acción que establece el artículo 20 de la Constitución Política de la República debe interponerse dentro del plazo fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. 2º) Que la acción constitucional de fojas 1 se sostiene en la afirmación que el llamado Santuario de la Naturaleza del río Cruces se ha visto contaminado debido a que Celulosa Arauco S.A. ha incumplido gravemente la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N° 279 de 1998, de la COREMA X Región, que permite el funcionamiento de la Planta Valdivia de Celulosa, ubicada en la comuna de San José de la Mariquina, provincia de Valdivia, según lo reveló el estudio de MA&C Consultores, encargado por dicho organismo público y que fue evacuado el 3 de octubre de 2004 y hecho público el mismo mes. 3º) Que, en consecuencia, los recurrentes tuvieron conocimiento de los actos -en su concepto ilegales y arbitrarios- que denuncian, en alguna fecha indeterminada del mes de octubre de 2004 y, teniendo presente que la acción constitucional fue presentada ante la Corte de Apelaciones de Valdivia el 12 de enero del año en curso, resulta evidente que fue deducida en forma extemporánea, esto es, después de haber transcurrido el plazo de quince días señalado en el fundamento 1º de esta resolución. 4º) Que tan es así que los recurrentes, precaviéndose de una eventual declaración de extemporaneidad de su acción, sostuvieron a fojas 24 que la infracción a la RCA es un hecho que se ejecuta de manera continua desde el inicio de las operaciones de esta planta de celulosa por lo que su recurso se deduce dentro de plazo, es decir, se reconoce que ya había pasado el lapso de quince días exigido por el referido Auto Acordado desde que tomaron conocimiento del informe de MA&C Consultores. Y, desde luego, no se comparte la tesis de los recurrentes que un acto, por ejecutarse de manera continua, estaría renovando permanentemente el plazo para interponer el recurso de protección pues ello haría que la mayoría de éstos no tuvieran plazo para deducirlos, lo que, además de carecer de sentido, vulnera el texto expreso de dicho Auto Acordado que, como se dijo, estableció, para deducir la acción del artículo 20 de la Constitución Política de la República, un término fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos y, ya está dicho, los recurrentes supieron de las supuestas infracciones por parte de la recurrida a la Resolución de la Calificación Ambiental en el mes de octubre de 2004. 5º) Que el profesor Eduardo Soto Kloss, en su obra *El Recurso de Protección*, Editorial Jurídica, 1982, página 257, ha sostenido, precisamente, que tratándose de actos materiales -no jurídicos- e incluso realizado por particulares, aparece racional concluir que el agravio se produce al momento de conocerlo el afectado, es decir, el instante inicial del cómputo ha de establecerse en aquel momento en que el afectado adquiere conocimiento del hecho y tal hecho le signifique un agravio (ya como amenaza, como perturbación, o bien como privación en el legítimo*

ejercicio de un derecho amparado por el Recurso de Protección). Y, constando en autos, como se dijo, que los recurrentes tuvieron conocimiento del informe de la empresa MA&C Consultores -que concluyó que la Planta Valdivia de la recurrida había incurrido en diecinueve desviaciones de la Resolución de Calificación Ambiental y que, por ende, es el sustento de la acción constitucional intentada- en el mes de octubre de 2004, el recurso, deducido el 12 de enero de 2005, es extemporáneo. 6º) Que aún cuando el recurso hubiera sido deducido dentro de plazo, que no lo fue, igualmente habría de rechazarse según se dirá en los considerandos que siguen. 7º) Que, desde luego, no hay prueba alguna que el río Cruces y, en lo que interesa, el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, haya sido contaminado por Celulosa Arauco S.A. al operar su Planta de San José de la Mariquina o que exista una amenaza de contaminación, término este último al que hay que darle su significado legal, de acuerdo con la letra c) del artículo 2º de la ley 19.300, en relación con el artículo 20 del Código Civil. En efecto, dictada la Resolución de Calificación Ambiental por la COREMA X Región, en el año 1998, la empresa Consultora MA&C concluyó que se habrían producido diecinueve desviaciones a dicha Resolución pero que sólo tres de estas son mayores, a saber: a) Aumento de capacidad potencial de producción de la planta de 550.000 toneladas anuales a 685.000 toneladas anuales. Sobre este particular, analizados los antecedentes que obran en autos, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, cabe concluir que no hay prueba alguna que demuestre que Celco está efectivamente produciendo más de la primera cifra anotada, que es la autorizada por la Resolución de Calificación Ambiental. No puede entenderse, entonces, que la recurrida ha contaminado las aguas del Cruces o que amenace con tal contaminación por el mero hecho de tener una capacidad eventual de mayor producción permitida. Los recurrentes han hecho, en oposición a lo anterior, el siguiente cálculo: dividen 550.000 por 365, lo que les permite arribar a la conclusión que la planta no puede producir más de 1.506 toneladas diarias. Ello, empero, no es aceptable, pues la autoridad ambiental obligó a la sociedad recurrida a no producir más de 550.000 toneladas anuales, sin fijarle cuotas diarias de producción, de manera que el monitoreo que debe hacerse a la planta en cuestión es por su producción hecha en un año, de manera que si en 100 días se superaron las 150.600 toneladas de celulosa, ello no puede servir de base para sostener que se ha sobrepasado la cuota antedicha de 550.000 toneladas anuales y habrá que esperar el término del período de un año para determinar si ha vulnerado dicha restricción. b) En cuanto al segundo cambio mayor, la instalación de una descarga alternativa de Riles, también está demostrado en el proceso y, en realidad, nunca ha sido controvertido, que ésta no ha operado en la práctica y ha sido sellada por la recurrida en diciembre de 2004 (antes de presentarse el recurso de autos), lo que le consta a la autoridad medioambiental. c) Y en lo que toca a la tercera desviación mayor referida por MA&C Consultores, esto es, que las aguas del proceso productivo se evacuaban al río conjuntamente con las aguas lluvia, también es un hecho del proceso, no controvertido, que en diciembre de 2004 - antes de presentarse la acción constitucional de fs. 1- la persona jurídica recurrida separó dichas aguas, informándose de ello a la COREMA X Región. 8º) Que, por lo demás, del informe de la Universidad Austral de Chile, se evidencia que las aguas del Cruces presentan una alta concentración de hierro, que afecta una planta llamada luchecillo ("egeria densa"), que constituye la principal fuente de alimentación de los cisnes de cuello negro que habitan el humedal. Al disminuir la cantidad de luchecillo, los cisnes, o mueren por desnutrición o emigran, encontrándose en los hígados de dichos animales altas concentraciones de hierro. No obstante, de los documentos acompañados por la recurrida a fs. 331, apreciados de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se comprueba que la Planta Valdivia de Celco no sólo no lanza hierro a las aguas sino que en su proceso de extraer aguas del Cruces, tratarlas y verterlas de nuevo al río, extrae dicho mineral que ya tenían aquellas. En efecto, se

desprende de un informe de la propia Universidad Austral de Chile de 1998, antes que entrara en funcionamiento la Planta Valdivia, que ya en aquella época el Cruces contenía nueve metales pesados, superando el hierro el límite de las aguas limpias. Y del Estudio denominado Balance de Hierro en el Río Cruces-Sector Descarga de Efluentes de la Planta Valdivia, de 17 de mayo de 2005, elaborado por el Centro EULA de la Universidad de Concepción, se demuestra que la Planta Valdivia no aporta hierro al Cruces y que, al contrario, lo elimina. Queda de manifiesto, entonces, que no hay prueba suficiente para convencer a los sentenciadores que sea la Planta Valdivia de la recurrida la que esté causando la muerte o emigración de las referidas aves acuáticas, máxime si se tienen presente los restantes documentos acompañados por la parte recurrida, como el informe del Centro Nacional de Tecnologías Limpias, empresa auditora ambiental internacional, que concluye que los parámetros ambientales de dicha Planta se están respetando, o los dichos de investigadores de la Convención Ramsar, en cuanto a que no existe evidencia empírica de que la Planta Valdivia sea la causante de una contaminación del Cruces. 9º) Que, por lo demás, del examen de los antecedentes se aprecia que las institucionalidad medioambiental establecida por la ley 19.300, está operando plenamente en el caso de autos, desde que la recurrida cuenta con una Resolución de Calificación Ambiental desde 1998 después de un Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la COREMA X Región, siendo este mismo organismo el que contrató a MA&C Consultores y que ha decretado sanciones administrativas contra Celco -que están actualmente reclamadas en los tribunales correspondientes en Valdivia- y que, en fin, está constantemente velando por el cumplimiento de la aludida resolución, sin perjuicio del juicio iniciado en el Primer Juzgado Civil de Valdivia por el Consejo de Defensa del Estado en contra de Celulosa Arauco S.A., por indemnización por daño ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1º del Título III de la referida ley 19.300. 10º) Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la COREMA X Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los Organos Jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la Administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8º del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo. 11º) Que, en resumen, el recurso es extemporáneo y por ello debe desecharse y sin perjuicio de ello, no hay evidencia en estos autos que la recurrida, ilegal y arbitrariamente por un acto suyo, haya privado, perturbado o amenazado el legítimo ejercicio de la garantía prevista en el N° 8 del artículo 19 de la Constitución Política, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, presupuesto indispensable para que sea procedente una acción constitucional de protección como la deducida en autos. Y visto, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de esta Corte de 24 de junio de 1992 sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se revoca, la sentencia de dieciocho de abril de dos mil cinco, escrita de fs. 259 a 287 y se decide que no se hace lugar a la acción constitucional deducida a fs. 1. Redacción a cargo del Ministro Sr. Kokisch. Regístrese y devuélvase con sus agregados. N° 1853-05 Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Jorge Rodríguez A., y Domingo Kokisch M. y Abogados Integrantes Sres. René Abeliuk M. y Oscar Carrasco A. Autorizado por el Secretario Carlos A. Meneses Pizarro.

1.3. RECTIFICACIÓN DEL 2 DE JUNIO DE 2005

Santiago, dos de junio de dos mil cinco.

Vistos:

A fojas 338, téngase presente y, en su virtud, y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, se rectifica la sentencia definitiva de treinta de mayo del año en curso, escrita a fojas 334, en el siguiente sentido: en su considerando octavo, se reemplaza la frase elaborado “por el Centro EULA de la Universidad de Concepción”, por elaborado “sobre la base de las muestras analizadas por el Centro EULA de la Universidad de Concepción”. Téngase la presente resolución como parte integrante de la antedicha sentencia. Rol N° 1853-05.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Eleodoro Ortiz S., Jorge Rodríguez A. y Domingo Kokisch M. y Abogados Integrantes René Abeliuk M. y Oscar Carrasco A. No firman el Ministro Sr. Kokisch y el Abogado Integrante Sr. Carrasco, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y ausente el segundo.

Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.

2. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL CASO CELCO.

VALENTINA DURÁN MEDINA*

I. INTRODUCCIÓN

Si algo positivo podemos rescatar del caso CELCO Valdivia y del lamentable daño producido en el ecosistema del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter en el Río Cruces, es que por primera vez el tema ambiental ha acaparado seriamente las portadas de los diarios por un tiempo prolongado, cubriendo las páginas económicas y editoriales, y llevando al ámbito nacional un debate que antes se limitaba a un estrecho círculo. Las imágenes de los hermosos cisnes de cuello negro agonizantes, símbolo visible y conmovedor del amplio deterioro de un ecosistema frágil, dieron la vuelta al mundo, al tiempo que se puso en jaque una inversión de 1.200 millones de dólares con una producción de 550.000 toneladas anuales de celulosa kraft blanqueada de pino radiata y eucaliptos¹. Esto conmovió a la opinión pública y CELCO se transformó en caso de estudio en nuestras aulas, y tema obligado de empresarios, políticos y “opinólogos” de las más variadas especies, faltando aún un largo camino por recorrer y encontrándose pendientes varios procesos.

Desde la perspectiva del Derecho y de las políticas ambientales, hay muchos temas que nos inquietan a raíz de este caso, como son la pretendida falta de certeza jurídica para la inversión² y la relación entre la Ciencia y el Derecho. Sin embargo, es ésta la ocasión de comentar el polémico fallo emitido por los Ministros Ortiz, Rodríguez y Kokisch de la Primera Sala de la Corte Suprema, en autos caratulados “Vladimir Riesco y otros contra Celulosa Arauco S.A”, que el 30 de mayo de 2005 revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Esta última, conociendo una acción constitucional de protección interpuesta por el abogado Vladimir Riesco y otros, vinculados al movimiento Acción por los Cisnes, había dispuesto la clausura temporal de la planta y ordenado a la empresa someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental todas las modificaciones efectuadas al proyecto desde su aprobación en 1998.

* Coordinadora de Investigación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (CDA).

El presente comentario ha sido escrito en colaboración con el equipo del Centro de Derecho Ambiental, formado por su Director, Prof. Sergio Montenegro, el Investigador José Ignacio Pinochet, y los Ayudantes Julio García, Ingrid Henríquez y Daniella Ramírez, reuniendo reflexiones desarrolladas en conjunto entre julio y septiembre de 2005. Agradecemos el aporte de Cristóbal Barros y de todos los asistentes al taller de análisis de la sentencia organizado por el CDA el 14 de junio de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Este comentario fue incluido en la Revista de Derecho Público, publicación del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en su N°67, del año 2005, pp 454-460, contándose con la correspondiente autorización para su inclusión en la Revista del CDA.

¹ Más información en la página de CELCO, en www.celco.cl y en el expediente del proyecto en el portal del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de CONAMA, en www.e-seia.cl.

² Véase al respecto la carta publicada en el Diario Financiero por la autora de este comentario, el 31 de agosto de 2005, y la columna “Medio ambiente, certeza jurídica e inversión” publicada en El Mostrador el 4 de septiembre de 2005.

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

II. EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO

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

- La histórica sentencia en el caso Chungará, de 19 de diciembre de 1985, en autos caratulados "Palza Carvacho, Humberto con Director de Riego de la Primera Región y otros"³.
- La sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de diciembre de 1990, confirmada íntegramente por la Excma.Corte Suprema, el 20 de diciembre de

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

1990, en autos sobre recurso de protección caratulados “Espinoza Aravena, Adela y otros con Sociedad Maestranza Italia Limitada”⁴;

- La sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 19 de mayo de 1995, confirmada íntegramente por la Excma. Corte Suprema, el 11 de octubre de 1995, en autos caratulados “González Arancibia, Daniel Alejandro y otros con Fior-do Blanco S.A”. En este caso, en que se recurrió contra una empresa que instaló un vertedero ilegal de desperdicios o desechos industriales provenientes de su planta faenadora de salmones, que generaba emanaciones pestilentes, y que contaminaba aguas continentales y marítimas, la recurrida no alegó extemporaneidad del recurso, y sin embargo, la Corte de Apelaciones se refirió al tema del plazo, resolviendo que, aun habiendo cesado la actividad contaminante, procedía acoger el recurso al seguir manifestándose sus efectos⁵.

III. MISIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL RECURSO DE PROTECCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

En el considerando 10º de la sentencia, la Excma. Corte Suprema declara que es improcedente que los tribunales reemplacen a la autoridad ambiental en el ejercicio de sus funciones. Señala la Corte que la misión de los tribunales en el recurso de protección se limita a determinar si los actos recurridos han sido arbitrarios o ilegales y han afectado algunos de los derechos fundamentales contemplados en el Artículo 20 de la Constitución. Extrañamente, en el mismo fallo la Corte no honra dicha misión, pues no se pronuncia sobre si la actuación del recurrido es arbitraria e ilegal, optando en cambio por declarar extemporáneo el recurso para luego señalar por qué, a su juicio, igualmente habría debido rechazarlo. Y en este razonamiento la Corte no sólo no analiza la arbitrariedad e ilegalidad del acto sino que llega a una sorprendente conclusión sobre la afectación del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁶.

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

⁴ Esta sentencia señala “(...) Que la forma de computar el plazo de quince días aludido no presenta dudas cuando la arbitrariedad o ilegalidad que la producen se consuma en un solo acto o hecho, caso en que el plazo se cuenta desde la fecha en que ello se produce; pero esta forma de computar el plazo aludido no es posible aplicarla respecto de actos o hechos complejos, de larga duración y cuando ellos se producen o consuman día a día, momento a momento, sea porque se repiten por el agente o porque son continuos, casos en que el plazo para interponer el recurso comienza a correr desde el término del acto o hecho complejo o a partir de su renovación. En el caso que se analiza se está en el caso de la segunda situación señalada, pues el recurso dice relación con una actividad industrial que día a día produce los trastornos que se denuncian por los recurrentes, de modo que debe concluirse que el Recurso de Protección fue presentado dentro de plazo”.

⁵ Señala la Corte de Puerto Montt: “Que del informe evacuado por el Dr. Mora, el que se encuentra avalado por el Director del Servicio de Salud de Llanquihue, Chiloé y Palena, se colige que si bien el vertedero N° 4 ya se encuentra cerrado y fuera de operaciones, no es menos cierto que de ahí emanan olores nauseabundos, existen vectores y está ubicado a 150 metros de cursos de agua, siendo así aún foco permanente de contaminación del aire y del estero existente a poca distancia del lugar”.

⁶ Como veremos, los sentenciadores, en su particular aplicación de las reglas de la sana crítica, parecen interpretar, en su considerando 8º, que la planta no sólo no habría afectado al medio ambiente del río Cruces, sino que lo estaría descontaminando al extraer el hierro de sus aguas.

Parte de la doctrina y jurisprudencia estiman que el control jurisdiccional de los actos de la administración no puede llevar a que un tribunal dicte un acto administrativo de reemplazo. Esto es aún más difícil de concebir tratándose de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que pone término a un proceso reglado, en el cual el tribunal no ha participado, y con mayor razón cuando se conoce de una acción cautelar, sumarísima y de urgencia como es el recurso de protección⁷. Admitiendo entonces que no sería función de las Cortes dictar una RCA de reemplazo, estimamos que aquellas, tratándose de una acción cautelar, de urgencia, pueden y deben ordenar otras medidas que busquen restablecer el imperio del Derecho, ello con prescindencia de si el recurso se dirige en contra de la empresa o de la autoridad, y sin importar que el destino de la actividad contaminante vuelva a caer en definitiva en manos de la autoridad administrativa.

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

A pesar de las incoherencias del fallo de Celco, al declarar que no le corresponde reemplazar a la autoridad administrativa en sus apreciaciones técnicas, aunque después lo haga, la Corte nos recuerda su sentencia de 19 de junio de 2002 en el caso Itata. Ésta había revocado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que había acogido el recurso de protección interpuesto en contra del Consejo Directivo de la CONAMA con ocasión de la aprobación del proyecto de construcción y operación de un complejo industrial por la misma empresa CELCO. La recurrida era en ese caso la autoridad, y no la empresa, y el acto agravante era la aprobación de una RCA. En aquella sentencia⁸, comentada por Mario Galindo en el N° 1 de la Revista de Derecho Ambiental del CDA⁹, la Corte se refiere, además, a la RCA (que es una Resolución que terminando con el proceso de evaluación de impacto ambiental llevado en "ventanilla única", autoriza el funcionamiento de una actividad) como a una valoración técnica de la autoridad, integrante de la inofensiva categoría de "acto administrativo de opinión", desprovista de resultado material que pueda producir

⁷ Este punto en relación con las RCA está muy bien tratado en el artículo de Mario Galindo Villarroel "Sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a través del recurso de protección", en Revista de Derecho Ambiental, Año 1 N°1, 2003, publicación del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 143.

⁸ "Modesto Sepúlveda, en representación Ilustre Municipalidad de Portezuelo y otros contra Consejo Directivo de CONAMA, en contra de la resolución que califica favorablemente el EIA "Proyecto Forestal e Industrial Itata".

⁹ Galindo Villarroel, Mario. Ob. cit. pág. 143.

un menoscabo en un derecho fundamental¹⁰. En el considerando 7º, que descarta la arbitrariedad, la Corte agrega que la RCA de la especie era el resultado del actuar de un ente colectivo, que había contado con numerosos antecedentes a la vista; que por lo tanto no podía ser arbitraria o producto del mero capricho, y que se refiere, además, a una actividad futura por lo cual sólo el tiempo podría decir si había sido equivocada. En el considerando 8º finalmente, la Corte descarta la ilegalidad por no tratarse de la vulneración de una ley propiamente tal.

Sería el caso Celco un nuevo tipo, imperfecto, de aplicación de la doctrina del caso Itata¹¹. Si seguimos el razonamiento de ambos fallos de nuestro Tribunal Superior, vemos que de alguna manera los Ministros le atribuyen a la autoridad administrativa ambiental el monopolio de la determinación de la legalidad, racionalidad y bondad de los actos que cuenten con una autorización de funcionamiento como la RCA. Y teniendo un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental obligatorio en nuestro país desde 1997, es difícil concebir afectaciones graves al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que no se produzcan en el contexto de una actividad aprobada por una RCA.

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

IV. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Se suscitó una fuerte controversia pública en torno a la autoría de uno de los informes que la Corte Suprema tuvo a la vista para fundamentar su resolución. El recurrido atribuyó la autoría del documento «Balance de hierro en el río Cruces/sector descarga de efluentes de

¹⁰ Señala el considerando 4º de la sentencia del caso Itata: "4º) Que, como resulta fácil advertir de la lectura y análisis tanto de los escritos como de los antecedentes reunidos, el fundamento del recurso no es la perpetración de algún acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o atente contra el ejercicio de las garantías constitucionales invocadas –salvo en la parte que se dirá más adelante–, puesto que se cuestiona la apreciación contenida en una Resolución que se limita a calificar favorablemente un "proyecto" de orden industrial; autorización o informe que constituye tan sólo uno de los numerosos eslabones que deben preceder a un proyecto de la naturaleza, entidad e importancia del que se pretende impugnar por la presente vía, lo cual se basa en el temor de que el funcionamiento de la industria pueda producir contaminación ambiental, lo que necesariamente constituye una situación futura.

Esto es, el recurso persigue una finalidad impropia de su naturaleza cautelar, puesto que pretende impedir la instalación del complejo industrial de que se trata, por la vía de impugnar una resolución que constituye solamente uno de los requisitos para que aquel pueda concretarse, imputándole la calidad de ilegal, arbitraria y violatoria de numerosas garantías constitucionales, algunas de las cuales son del todo ajenas a la materia que se debate, lo cual ha quedado en evidencia por el informe impugnado, pues por su propia naturaleza, este acto no ha producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan 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."

¹¹ "Un Itatazo" según la expresión acuñada en el medio de los abogados dedicados al tema ambiental.

la planta Valdivia» al prestigioso Centro EULA de la Universidad de Concepción, lo que fue categóricamente desmentido por dicha entidad académica, que señaló que sólo se habían efectuado toma de muestras en el río Cruces y análisis de éstas, pero que el informe había sido elaborado por la misma empresa. A causa de este desmentido público, la Corte Suprema se limitó a modificar de oficio el considerando octavo de su fallo, en el sentido de reemplazar la frase "elaborado por el Centro EULA de la Universidad de Concepción" por "elaborado sobre la base de las muestras analizadas por el Centro EULA". Los abogados, que atribuyeron esto a un "error involuntario", se vieron forzados a renunciar a la defensa de la empresa.

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

Podemos aceptar que es difícil para un jurista comprender a cabalidad los informes técnicos que, con diferencias de método y profundidad, informaban al Tribunal sobre la causalidad entre la actividad de la planta y los graves cambios en el ecosistema. Tanto el Informe del Ingeniero Químico Claudio Zaror, como el Informe de Mac & C Consultores y el Informe científico de la Universidad Austral, conducido por el Dr. Jaramillo, contienen términos químicos y biológicos que escapan a la formación del abogado. Sin embargo, con una mediana detención, la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia supo otorgarle la credibilidad que merecían sus conclusiones. Si aún así, los Ministros sentenciadores de la Excma. Corte Suprema tenían alguna duda, podrían haber dispuesto como medida para mejor resolver, la realización de un estudio o peritaje independiente, tal como lo permite el Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección. Para quienes leímos el informe de la Universidad Austral de Chile nos es fácil apreciar el mérito científico de sus conclusiones. A pesar de ello, los sentenciadores obviaron la clara y contundente conclusión del informe de la UACH "*que las actividades de la planta Valdivia de Celco han incidido de forma significativa en los cambios ambientales que han ocurrido en el humedal del río Cruces durante el último año*". Tenemos aquí otra diferencia de la Corte con la COREMA, que había sido unánime en estimar que con sus incumplimientos la empresa había contribuido en gran medida al grave daño ambiental en el Santuario de la Naturaleza del río Cruces¹².

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

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

V. CONCLUSIÓN Y REFORMA AL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN

Es cierto que se requiere una urgente revisión de nuestra institucionalidad ambiental y de nuestras vías de intervención tanto administrativas como jurisdiccionales, y que el recurso de protección no está formulado como la mejor vía para cautelar el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. También es cierto que los jueces necesitan una mejor capacitación para abordar los aspectos técnicos y legales del problema ambiental. Sin embargo, creemos que nada de ello debe servir de pretexto para que nuestros jueces se inhiban de cumplir con su deber constitucional de restablecer el imperio del Derecho cuando se vea afectada la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

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

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

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

¹³ El artículo 20 de la Constitución quedó como sigue:
 “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3°, inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9°, inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25°, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
 Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°. 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

De cualquier modo, el no haber eliminado el inciso segundo del artículo 20º dejando de elevar el derecho del 19 N°8 al grupo privilegiado del inciso primero, que pudo ser único, muestra que el Constituyente de inicio del Siglo XXI, en su descuido o intención, estima que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación pertenece a una categoría inferior.