

La protección de garantías constitucionales y el insuficiente ordenamiento territorial en relación a proyectos energéticos y productivos

The Protection of Constitutional Guarantees and Inadequate Land Planning vis-à-vis Energy and Production Projects

Ximena Insunza Corvalán

Universidad de Chile, Chile

Abogada, Universidad de Chile. LL.M. McGill University, Investigadora Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Associate Fellow Centre for International Sustainable Development Law (CISDL). Hizo un Postítulo en Economía y Finanzas para Abogados y dos diplomados, uno en Regulación y Competencia y otro en Políticas Urbanas, Territoriales y Medioambientales, todos en la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. Fue asesora de la Ministra Presidenta de la Comisión Nacional del Medio Ambiente entre diciembre de 2007 y marzo de 2010. Asimismo, trabajó como investigadora del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
xinsunza@derecho.uchile.cl

Ana Lya Uriarte Rodríguez

Universidad de Chile, Chile

Abogada, Universidad de Chile. Investigadora Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Se ha desempeñado en el sector público en las áreas de previsión y seguridad social, sanitarias y ambientales. Fue Directora Ejecutiva de CONAMA. Entre 2007 y 2010 ejerció el cargo de Ministra Presidenta del Consejo Directivo de la CONAMA correspondiéndole la tarea de impulsar el rediseño institucional y aprobación de la reforma ambiental. Desde septiembre de 2011 se ha incorporado al Doctorado en Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y es socia fundadora del Estudio Jurídico "Sustentabogadas".
auriarte@derecho.uchile.cl

RESUMEN

Ha sido la protección a ciertas garantías constitucionales, tales como la igualdad ante la ley, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o el derecho de propiedad lo que ha puesto de relieve una dimensión antes no visibilizada de los desafíos que Chile enfrenta: los conflictos socio-ambientales. El presente artículo persigue, a través del estudio de las sentencias de cuatro casos emblemáticos –Campiche, Parque Eólico, El Morro, Castilla– evidenciar cómo los conflictos que se han suscitado en los últimos años tienen como una de sus causas principales la falta de regulación del territorio, ordenación que se enmarca en la actividad positiva que deben llevar a cabo los Estados para orientar su accionar a la debida protección y apropiada justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Palabras clave: Garantías constitucionales – acceso a la justicia ambiental – proyectos energéticos – ordenamiento territorial.

SUMMARY

Lately the protection of certain constitutional rights, such as equality before the law, the right to live in a pollution-free environment and property rights has shown a dimension ignored until now, namely socio-environmental conflicts and these conflicts are one of the many challenges that Chile faces. This article, using four case studies - Campiche, Parque Eólico Chiloé, El Morro y Castilla, tries to explain how conflicts that have arisen in recent years, have as one of its main causes the lack of regulatory land use planning. This planning must be part of the positive action that has to be carried out or guided by the State as a consequence of the duty to protect and implement economic, social and cultural rights.

Key words: Constitutional rights – access to environmental justice – energy projects – land use planning.

Introducción

En los últimos años hemos sido testigos de una serie de conflictos socio-ambientales¹ que se han suscitado mayoritariamente frente a proyectos energéticos, pero también respecto de otros emprendimientos productivos². Todas estas iniciativas tienen como denominador común la falta de respaldo, no sólo de las comunidades próximas, sino que de la ciudadanía en general.

Esta ciudadanía, que en los últimos años ha actuado con mayor visibilidad y determinación, ha invocado la protección de algunas de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 de nuestra carta magna como fundamento para la revisión, revocación y/o modificación de las autorizaciones de estos proyectos. Como resultado de estas iniciativas ciudadanas, han sido las sentencias emanadas de nuestro más alto Tribunal de justicia, a raíz del conocimiento de acciones de protección relativas a estos proyectos, las que han definido sus destinos.

Si bien es frecuente la afirmación que el resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es la garantía exhortada, cabe destacar que la justicia ambiental³ comprende el “trato justo o igualitario” de todas las personas, lo que supone una aplicación irrestricta en la esfera ambiental de la garantía de igualdad ante la ley (por ejemplo, en la participación ciudadana en los procesos de evaluación de impacto ambiental). Alegación que ha sido utilizada en no pocas oportunidades en la argumentación jurídica, que tanto los afectados como los jueces han esgrimido como fundamento en este tipo de discordias.

Las complejidades que el escenario descrito nos devela o pone de manifiesto, es que la carencia de una batería jurídico-ambiental apropiada para hacer frente a un desarrollo que se oriente efectivamente a la sustentabilidad⁴, deviene en amenazas o vulneraciones al correcto disfrute

¹ Para una mejor caracterización de los conflictos socio-ambientales véase, SABATINI, Francisco; SEPÚLVEDA, Claudia y BLANCO, Hernán. “Participación Ciudadana para Enfrentar Conflictos Ambientales - Desafíos para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” [en línea] <<http://www.cipma.cl/participacion-ciudadana-para-enfrentar-conflictos-ambientales-desafios-para-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental.html>> [consulta: 15 noviembre 2012]. En éste se señala que este tipo de conflictos “no sólo aluden a cambios en los aspectos físicos –naturales o contruidos– de las comunidades humanas (por ejemplo, la abundancia de recursos o la calidad de los servicios). También abarcan aquellos que alteran la construcción social de la realidad, es decir, que afectan aspectos como la organización social, la distribución del poder, las normas de convivencia y las percepciones sobre el futuro, entre otros, éstos corresponden a los costos y beneficios que recaen sobre los individuos y las comunidades como consecuencia de las modificaciones que los proyectos generan, directa o indirectamente, sobre la forma en que la gente vive, trabaja, se relaciona entre sí, se organiza familiar y productivamente, resuelve sus necesidades, explota los recursos de su entorno y, en general, ocupa su espacio en la sociedad. El concepto también incluye los cambios culturales referidos a normas, valores y creencias de los individuos” (p. 40).

² Ejemplos de gran connotación pública han sido: Proyecto Hidroeléctrico Aysén (aprobado el 13 de mayo de 2011); Proyecto Hidroeléctrico Achibueno (aprobado el 7 de enero de 2011); Mina Invierno - Isla Riesco (aprobado el 18 de enero de 2010); y Central Termoeléctrica Los Robles (aprobado 18 diciembre 2008). Pueden ser consultados [en línea] <www.e-seia.cl> <www.poderjudicial.cl> [consulta: 5 abril 2013].

³ La agencia federal de protección ambiental -*Environmental Protection Agency of the United States*- define la justicia ambiental como el “Trato justo y la participación informada a que tienen derecho todas las personas con respecto al desarrollo, implementación y aplicación de las leyes, regulaciones y políticas ambientales, independientemente de su raza, color, nacionalidad o nivel de ingresos”. [en línea] <<http://www.epa.gov/espanol/saludhispana/justicia.html>> [consulta: 5 abril 2013]. Otras definiciones pueden encontrarse en HERVÉ, Dominique. “Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile-Valdivia*, Vol. XXIII, No. 1, julio, 2010, pp. 9-36.

⁴ El documento *Our common future*, más conocido como Informe Brundtland publicado en 1987, fue el primer texto que definió el concepto de desarrollo sostenible como aquel que satisface las necesidades del presente, sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones [en línea] <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>> [consulta: 5 abril 2013]. Asimismo, a nivel nacional, la Ley 19.300 en su artículo 2 letra g) conceptualiza este término como el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de

de los derechos económicos, sociales y culturales, y su vinculación con la protección del medio ambiente⁵. En esta perspectiva, es que este artículo busca poner sobre relieve que el primer paso –en un proceso de mejora de este entramado regulatorio orientado a la sustentabilidad– es la dictación de un cuerpo legal que aborde el ordenamiento territorial, dotándolo de instrumentos que permitan definiciones de sus vocaciones y usos, contemplando la participación ciudadana en dicho proceso de adopción de definiciones, en vistas a mejorar la calidad de vida y las condiciones de todos los habitantes de nuestro país.

Este artículo, en primer lugar, abordará sucintamente la dimensión constitucional de la protección del medio ambiente, en segundo lugar, analizará cuatro casos emblemáticos relativos a recursos de protección sobre conflictos ambientales, cuyas sentencias han acogido dichas acciones cautelares, para finalmente, en tercer lugar, argumentar que la falta de una regulación adecuada del ordenamiento territorial es el denominador común de cada uno de estos conflictos, debiendo el Estado velar por la dictación de una regulación a la brevedad, pues se enmarca dentro de las acciones positivas que le corresponde adoptar para garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

1. Garantías constitucionales y la protección del medio ambiente

En la actualidad no existe duda alguna respecto de que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es, en nuestro país, un derecho fundamental de todo ciudadano (en consecuencia debe alegarse un derecho subjetivo amenazado o menoscabado) y que, por lo tanto, debe ser protegido frente a atentados al mismo⁶. Este derecho en nuestro ordenamiento jurídico puede ser protegido en dos dimensiones: (i) a nivel nacional: la acción de protección, conocida en primera instancia por las Cortes de Apelaciones y, en segunda, por la Excelentísima Corte Suprema (ii) Asimismo, cabe la posibilidad de que violaciones a este derecho sean conocidas por el sistema internacional de derechos humanos en donde destaca el razonamiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷. Confirma la factibilidad de esta segunda vía

conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras. Ley No. 19.300 de Bases del Medio Ambiente. República de Chile, 9 de marzo de 1994, modificada en 2007.

- ⁵ SHELTON, Dinah. "Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, No. 6, 2010, p. 112. La autora nos habla de dos enfoques en relación al vínculo de los derechos humanos y la protección del medio ambiente: (i) "La protección del medio ambiente constituye un instrumento esencial que se encuentra subsumido en el esfuerzo por garantizar efectivamente el disfrute de los derechos humanos" y (ii) "El ejercicio de determinados derechos humanos constituye un medio fundamental para lograr el objetivo de proteger el medio ambiente". Ambos enfoques son tomados en consideración en este artículo, pero la igualdad ante la ley como garantía constitucional en la esfera ambiental se encuentra más claramente concebida en esta última dimensión.
- ⁶ Es el Principio 1 de la Declaración Final de la Primera Conferencia sobre Medio Humano en Estocolmo en el año 1972, la que otorga al derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y propicio al desarrollo pleno del ser humano la calidad de derecho fundamental. Será esta declaración el factor gatillante del proceso de desarrollo y consagración de la garantía constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales. El texto del referido Principio 1 de la declaración final, en lo pertinente, es el siguiente: "el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras" [en línea] <<http://www.pnuma.org/deramb/StockholmDeclaration.php>> [consulta: 5 abril 2013]. Lo que se consagra en el artículo 19 No. 8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él. Lo que con ello se pone de relieve es que el derecho tiene un contenido netamente antropocéntrico, sus titulares son los hombres y mujeres ("todas las personas" dice el artículo 19 en su encabezamiento. BERMÚDEZ, Jorge. "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, 2000 [en línea] <http://www.euv.cl/archivos_pdf/rev_derecho/rev_derecho_articulo_xxi.pdf> [consulta: 5 abril 2013].
- ⁷ Algunos casos: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones

el artículo 25 de la Convención Americana al establecer que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”.

Parte importante de la justiciabilidad de este derecho tiene relación con la arista procesal, la que fue estatuida en 1972 en el principio 10 de la Declaración de Río.

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. **Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes**⁸.

Cabe destacar, entonces, que la tan en boga “judicialización” de los proyectos de inversión, presentada la más de las veces como un riesgo o perjuicio para la estabilidad del escenario institucional y de inversión, responde, precisamente, a uno de los pilares de la denominada democracia ambiental y, por lo tanto, supone el cumplimiento de Chile en relación a tan significativo principio. En palabras de Dinah Shelton, “el derecho al acceso a recursos judiciales es considerado la garantía fundamental de los derechos en el plano nacional”⁹. Desde la perspectiva anotada, podemos afirmar que el activar los mecanismos judiciales no supone necesariamente algo intrínsecamente negativo sino todo lo contrario, es indispensable para la vigencia de este derecho fundamental, ya sea que se haga exigible a través de la protección a la vida, el trato igualitario –exento de discriminaciones arbitrarias–; o mediante la utilización directa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Al respecto, es importante recordar lo señalado por el profesor y jurista Raúl Brañes a principios de los años 90 al definir el acceso a la justicia ambiental como la “posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos”¹⁰. Esta contribución doctrinaria fue el punto de partida del desarrollo, en nuestro continente de los mecanismos jurídicos para garantizar el derecho a la información, participación y reclamación en materia ambiental.

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; y *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

⁸ ONU. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Principio 10, A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. 1), 3-14 junio de 1992, Anexo I, pp. 3-8. Reimpreso en: 31 I.L.M. 876, 1992. [en línea] <http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml> [consulta: 15 noviembre 2012].

⁹ SHELTON, Dinah. “Derechos ambientales...op. cit., p. 124.

¹⁰ BRAÑES, Raúl. *El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina*. Serie Documentos sobre Derecho Ambiental. México: PNUMA, 2000, p. 5.

Nuestra Constitución Política de la República (CPR), siguiendo la tendencia de los países latinoamericanos¹¹, consagró el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación para todos los ciudadanos, habilitándose de esta manera la acción de protección prevista en el artículo 20 de la carta fundamental, la que procede “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”. Cabe señalar que esta redacción podría ser cuestionada desde la perspectiva de la justiciabilidad de los derechos sociales por cuanto si bien la carta fundamental contempla como garantía fundamental el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, haciendo viable, por tanto, la interposición de la acción, al mismo tiempo la restringe (exigencia de imputabilidad a autoridad o persona determinada), siguiendo así la corriente doctrinaria que diferencia entre la exigibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, y culturales prevaleciendo los primeros por sobre los últimos que serían más bien programáticos¹². Asimismo, a nivel doctrinario, ha existido una discusión en relación a la procedencia de este recurso cuando existe amenaza, siendo mayoritaria la posición que la excluye, no obstante lo cual nuestra jurisprudencia ha sostenido lo contrario, esto es, que la protección de esta garantía alcanza aquellos actos u omisiones que causen una amenaza a la misma¹³.

En síntesis, los hechos demuestran que el recurso de protección ha sido interpuesto en innumerables ocasiones invocando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o la igualdad ante la ley (en los procedimientos de carácter ambiental) y su aplicación en los últimos años ha traído aparejado un revuelo que ha hecho visibles las falencias en el orden normativo en relación a definiciones orientadas a la sustentabilidad.

2. Ejemplos nacionales de tutela judicial efectiva: Artículo 19 No. 8 derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, 19 No. 2 igualdad ante la ley y 19 No. 24 derecho a la propiedad

Si bien el número de recursos de protección interpuestos en virtud del artículo 19 No. 8, No. 2 o No. 24 en materia ambiental desde los años ochenta hasta hoy en día no es muy significativo en comparación con los interpuestos por otras garantías, es evidente que la tendencia de los últimos cinco años es al alza. Este aumento es un indicador tanto de la toma de conciencia por parte de los ciudadanos, su mayor capacidad de organización y mayor acceso a información de carácter ambiental, como de la efectiva y accesible tutela judicial que esta vía conlleva.

Dado este escenario, analizaremos a continuación cuatro casos trascendentales en relación a la protección de estas garantías fundamentales y que demuestran que tanto la protección del medio ambiente y el trato igualitario en esta materia, muestran los múltiples intereses que se contraponen en el proceso de desarrollo económico de las naciones; conflictos que deberían ser resueltos a

¹¹ Ídem.

¹² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. En: COURTIS, Christian y ÁVILA SANTA MARIA, Ramiro (Eds.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ecuador: Serie Justicia y Derechos humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, 2009. [en línea] <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/8_Proteccion_judicial.pdf> [consulta: 15 noviembre 2012].

¹³ Cabe destacar que la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente contempla una serie de recursos de reclamación que pueden ser interpuestos en sede administrativa, en el caso particular de los proyectos evaluados en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los artículos 20 y 29 los que regulan esta materia, asimismo, en la actualidad, dada la reciente vigencia de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, de la resolución que resuelva esos recursos de impugnación reclamación podrá conocer el Tribunal Ambiental competente, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 17 No. 5 y 6.

través de instrumentos idóneos que permitan un balance y una integración efectiva, todo lo cual es deber del Estado en atención a su actividad positiva para garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, y no caso a caso como está ocurriendo¹⁴.

2.1 Central Termoeléctrica Campiche

La acción de protección fue interpuesta por el Grupo de Acción Ecológica Chinchimén, el Consejo Ecológico de las comunas de Puchuncaví y Quintero y por ciudadanos de dichas localidades, quienes solicitaban el amparo constitucional de una serie de garantías constitucionales (Artículo 19 No. 1, 8, 9 y 21) por la vulneración provocada por la dictación de la resolución de calificación ambiental emanada de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso. Dicha resolución calificaba favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto denominado Central Termoeléctrica Campiche y permitía, en consecuencia, la instalación de una central de 270 megawatts. El conflicto jurídico ventilado en esta oportunidad tuvo relación con el emplazamiento de la central, pues su localización estaba prevista en una zona de riesgo, por constituir un peligro potencial para los asentamientos humanos, conforme lo preceptúa el artículo 2.1.17 de la Ordenanza de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Dado lo anterior, y teniendo en consideración que en ella sólo se aceptaba el desarrollo de áreas verdes y recreacionales vinculadas a las actividades propias del uso de las playas, la instalación de la Central Campiche requería el cambio de uso de suelo, y consecuencialmente, la modificación del Plan Regulador (un tipo de instrumento de planificación territorial). Tanto el titular del proyecto como la autoridad administrativa procedieron como si estos trámites no hubiesen sido necesarios, situación que condujo a la Corte de Apelaciones de Valparaíso en una primera instancia y, posteriormente, a la Excelentísima Corte Suprema a acoger la acción constitucional. De hecho, este último tribunal es muy explícito al describir la vulneración de la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

UNDECIMO: Que, en consecuencia, la eliminación ilegal de un uso de suelo para áreas verdes en una localidad afectada por la alta emisión de contaminantes provoca un menoscabo evidente al entorno en que viven los recurrentes, vulnerando su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación¹⁵.

2.2 Parque Eólico Chiloé

Este caso fue bastante emblemático por dos razones: se trata de una fuente de energía renovable no convencional y la acción de protección fue acogida en virtud de lo dispuesto en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169). El conflicto jurídico de fondo tuvo relación con la vía de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). El proponente de este proyecto utilizó la herramienta de ingreso más simple, esto es la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), no obstante que el propio documento señalaba que existían hallazgos arqueológicos en la zona, lo que a juicio de los sentenciadores podía producir uno de los efectos que habilitan el ingreso a través de un instrumento más complejo, a saber,

¹⁴ "Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. [...] Todo derecho, entonces, requiere para su efectividad obligaciones positivas y negativas. En línea con esta idea, autores como Fried Van Hoof o Asbjørn Eide proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de 'niveles' de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles o al de derechos sociales". ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. "Apuntes sobre la exigibilidad...", op. cit., pp. 5-6.

¹⁵ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 22 de junio de 2009. Rol 1219-2009.

Estudio de Impacto Ambiental (EIA). De esta forma y dado que el proceso de una DIA no involucra una etapa de participación ciudadana, los recurrentes, la comunidad indígena *Antu Lafquen de Huentetiquerecuen*, solicitaron la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) por incumplimiento de la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT. La situación anterior, en palabras de nuestros tribunales, produjo una vulneración a la garantía prevista en el artículo 19 N° 2 de la CPR (igualdad ante la ley) y, por lo tanto, se revocó el acto administrativo habilitante y se ordenó ingresar al SEIA a través de un EIA, debiéndose, en consecuencia, llevar a cabo por la autoridad ambiental la etapa de participación ciudadana obligatoria, la que deberá cumplir con los estándares establecidos en el Convenio antes mencionado. En este caso, la protección se brinda no a la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino que a la de igualdad ante la ley. El hecho de no llevarse a cabo un proceso de consulta que permitiera hacerse cargo de la situación especial que implica el que el proyecto pretendía emplazarse en territorios indígenas hizo perder validez al acto administrativo por ausencia de la debida fundamentación –la omisión de este relevante factor–, configurándose, entonces, el presupuesto necesario para acoger la acción de protección, tal y como lo expresa nuestro máximo tribunal.

Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que correspondía acatar la autoridad por imperativo legal, proceder que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas¹⁶.

2.3 Proyecto Minero “El Morro”

En este caso, la acción constitucional de tutela fue acogida por la vulneración de dos garantías: igualdad ante la ley (19 No. 2) y derecho de propiedad (19 No. 24). Los recurrentes comparecieron ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta para solicitar la revocación de la RCA relativa a este proyecto minero aduciendo que el procedimiento administrativo de evaluación de los impactos ambientales no había cumplido a cabalidad con lo dispuesto en el Convenio 169. A diferencia del caso anterior, este procedimiento sí contemplaba una etapa de participación ciudadana, pero a juicio de los sentenciadores, en él no se cumplieron con los estándares necesarios establecidos por el tratado internacional en comento y la ley indígena.

El tribunal de primera instancia determinó que existió una transgresión que se derivaba de la falta de un tratamiento igualitario entre, por una parte, tres familias de crianceros y una persona natural, y por otra, los integrantes indígenas de la comunidad agrícola “Los Huascoaltinos”. Adicionalmente, se estimó por parte de los sentenciadores, que la no consideración de la calidad de indígena de algunos de los comuneros en el proceso de evaluación derivó en que las medidas de compensación, reparación y mitigación no fueran las adecuadas para que el derecho de propiedad que ostentaban respecto de un vasto terreno de aproximadamente 395.000 hectáreas, no se viera conculcado. En definitiva se acoge la acción de protección y se le ordena subsanar la deficiencia. Ilustración clara de lo anterior es el siguiente apartado de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

[...] existiendo por tanto dos rubros que obligan a acoger el recurso; la desigualdad ante la ley que priva la garantía constitucional del No. 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por hacer diferencias que no tienen justificación y que son ilegales y arbitrarias; y la amenaza al derecho de propiedad como consecuencia del desconocimiento de la calidad

¹⁶ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 22 de marzo de 2012. Rol 10090-2011.

de indígenas que requieren un tratamiento especial para los aspectos ya señalados en el Estudio de Impacto Ambiental¹⁷.

2.4 Central Termoeléctrica Castilla

Este es un caso reciente con mucha repercusión mediática. El proyecto buscaba la instalación de una mega central termoeléctrica en una zona costera de la tercera región del país. El puerto y la central fueron evaluados al interior del SEIA de manera separada, autorizándose el primero el 23 de diciembre de 2010 y la segunda, el 15 de febrero de 2011. Personas naturales, juntas de vecinos y pescadores recurrieron en contra de los actos administrativos habilitantes ante la Corte de Apelaciones de Copiapó, la que difirió el conocimiento a la Corte de Apelaciones de Antofagasta, culminando estos procedimientos con la dictación de una sentencia que rechazó el recurso de protección interpuesto contra el puerto y otra sentencia que acogió el recurso interpuesto en contra de la central. Ambas sentencias fueron apeladas, desechándose la acumulación de los autos, pero disponiéndose su vista conjunta por la Corte Suprema, tribunal que finalmente después de intentar que las partes llegaran a una conciliación, la que no se produjo, revocó la primera sentencia y confirmó la segunda, invocando para ello la protección de la garantía constitucional consignada en el artículo 19 No. 8 de la CPR.

Los sentenciadores, en el siguiente considerando, luego de detallar las ilegalidades cometidas en el proceso de evaluación de impacto ambiental, expresan cómo éstas afectan la garantía constitucional.

De esta forma, las ilegalidades indicadas atentan en contra de la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, puesto que, de concretarse tales obras, se podrán ver afectadas las condiciones ambientales de los lugares en que se asentarán las construcciones a que se refieren los proyectos impugnados. Es así como, al amenazarse el legítimo ejercicio de la garantía establecida en el artículo 19 No. 8 de la Constitución Política de la República, procede acoger los recursos interpuestos¹⁸.

Cabe hacer presente que uno de los argumentos utilizados por la Corte Suprema tuvo relación con la calificación de la central y su localización. A grandes rasgos, esta infracción se podría resumir en que el plano regulador comunal, que había sido modificado en el año 2008, expresamente autorizaba en esa zona la instalación de infraestructura energética que contaría con una calificación industrial de “inofensiva” o “molesta” de acuerdo con lo regulado en el artículo 4.14.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción. La central, en una primera instancia, fue calificada de “contaminante” y luego se recalificó como “molesta”. Los ministros en esta sentencia explican latamente por qué se debe estar en consonancia con la primera calificación y no con la segunda, acogiendo, en definitiva, la acción de protección puesto que existía una ilegalidad al otorgarse una autorización de funcionamiento a una actividad calificada de contaminante en dicha localización.

3. Falta de regulación en el ordenamiento territorial: presupuesto básico e indispensable para la protección ambiental

Del análisis de dos de los casos emblemáticos tratados, es posible concluir que un nudo crítico emana de la falta de regulación del territorio. Tanto en el caso de Campiche como en el de Castilla,

¹⁷ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 27 de abril de 2012. Rol 2211-2012.

¹⁸ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 28 de agosto de 2012. Rol 1960-2012.

esta carencia es evidente, pero también es posible enmarcar dentro de esta problemática los dos otros casos analizados, toda vez que una ordenación del territorio también lograría determinar las áreas más sensibles para las comunidades indígenas y, por lo tanto, tener una mayor certeza respecto del dónde y cómo se pueden llevar a cabo emprendimientos productivos en dichos emplazamientos.

En la actualidad, nuestro país no cuenta con “Ley de Ordenamiento Territorial”. Esta ausencia produce una serie de consecuencias que van más allá del plano ambiental y dicen relación con los otros pilares del desarrollo sustentable, esto es cuestiones sociales y económicas. Una regulación del territorio necesariamente deberá integrar estos distintos aspectos a través de procesos dinámicos y participativos.

Hoy en día, nuestra realidad normativa es muy deficitaria, no sólo porque la regulación del territorio sólo se da en los centros urbanos, sino porque además, las herramientas utilizadas, esto es, los instrumentos de planificación territorial, han quedado obsoletos, pues no son capaces de integrar todos los elementos que permitirían una buena e integrada gestión del territorio. Además, en la actualidad, en el área rural es posible efectuar todo tipo de actividades sin restricción a menos de que se trate de espacios contemplados en planes reguladores intercomunales. En consecuencia, las actividades que se desarrollan en dichas zonas no son objeto de un análisis más global que les permitan tener coherencia y coordinarse entre sí¹⁹.

Esta mirada fracturada del territorio ha impedido la elaboración de un instrumento que haga eco de la indispensable visión de conjunto y que permitiría, en consecuencia, evaluar e integrar adecuadamente a los distintos actores y sus diversos intereses, que muchas veces son antagónicos²⁰.

Es claro que la elaboración de una ley de ordenamiento territorial es un proceso de largo aliento que debe sin lugar a dudas contar con instancias de participación de la ciudadanía completamente diferentes a las conocidas hoy en día. Esta participación de la ciudadanía permitirá una legitimación de las decisiones de la autoridad e importará una disminución de la conflictividad como consecuencia directa de la reducción de los vacíos normativos que conllevan a la conculcación, ya sea por parte del Estado o de los particulares, del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o del trato igualitario en materia ambiental de los ciudadanos.

Conclusiones

En definitiva, la acción de protección es y seguirá siendo el mecanismo para otorgar tutela judicial efectiva a la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 No. 8) o al trato igualitario en materia ambiental (19 No. 2), y excepcionalmente al derecho de propiedad (artículo 19 No. 24), como mecanismo reactivo a la vulneración de estas garantías.

¹⁹ Un ejemplo que grafica esto es el conflicto que existió en torno a la instalación de la empresa Expo Pork Meat Chile S.A. en el valle de Casablanca. Véase, Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 18 de enero de 2011. Rol 4668-2010.

²⁰ Existe abundante literatura sobre la relación entre ordenamiento territorial, justicia ambiental y desarrollo sustentable: Center of Albany Law School. *Environmental justice and land use planning and zoning, Government Law*, spring, 2004 [en línea] <http://www.governmentlaw.org/files/EJ_land_use.pdf> [consulta: 5 abril 2013]; CRAIG, Anthony. “Land Use Regulation and Environmental Justice”. *30 ELR 10395*, June, 2000; SILBERSTEIN, Jane *et al.* “Land-Use Planning for Sustainable Development”. *CRC Press/INC*, 2000; DURAN, Entrena. “Dinámicas de los territorios locales en las presentes circunstancias de la globalización”. *Estudios Sociológicos*, Vol. XXVIII, No. 84, septiembre-diciembre, 2010, pp. 691-728 [en línea] <<http://hdl.handle.net/10481/20238>> [consulta: 5 abril 2013].

No obstante lo anterior y ante la evidencia que uno de los factores que contribuyen al atentado de dichas garantías lo constituye la inadecuada e insuficiente regulación del territorio, una dimensión positiva del quehacer del Estado en orden a orientar su accionar a la debida protección de los derechos económicos, sociales y culturales radica en la posibilidad que le asiste de dotar al país de una ley de ordenamiento territorial que, de manera integral y democrática, resuelva adecuadamente el conflicto entre los diversos intereses que están en juego, otorgando de esta manera certeza a todos los actores y permitiendo mejorar la calidad de vida de todos ellos. Este deber positivo de regular el territorio es un paso indispensable para que los derechos garantizados tanto a nivel nacional como internacional puedan ser ejercidos real y efectivamente por los ciudadanos, evitando de esta manera que en cada proyecto se discuta una solución que en la práctica tiene relación con las falencias estructurales de la falta de regulación general del territorio (ausencia de políticas públicas positivas), tal como ha sido demostrado en los casos revisados.

Recibido: 16 noviembre 2012

Aceptado: 14 enero 2013