



*CENTRO DE ESTUDIOS
FISCALÍA DEL MEDIO AMBIENTE (FIMA)*

**EL DS 80/06:
DISCUSIÓN, TRAMITACIÓN Y CONSECUENCIAS
DE UNA NORMA DE EMISIÓN ESPECIAL**

El DS 80 es una norma de emisión especial, que fija a la División Codelco El Teniente un estándar menos exigente -para las concentraciones de molibdeno y sulfato en los relaves- que el establecido para el resto de las fuentes emisoras. Esta norma ha sido resistida, por considerarse que atenta contra la igualdad, la libre competencia y el cuidado del medio ambiente.

Por Ángel Damián Beltrán Irureta¹

¹ Egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile; mayo de 2007.

Índice

1. El estero Carén: la polémica de los relaves
2. Decreto Supremo Nº 80 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (DS 80)
 - 2.1 Origen
 - 2.2 Naturaleza jurídica
 - 2.3 Fundamentos
 - 2.4 Proceso formativo
3. Problemáticas jurídicas del DS 80
 - 3.1 Afectación del principio de igualdad
 - 3.1.1 Trato desigual y arbitrario en el ejercicio de la actividad económica
 - 3.1.2 Las normas de emisión se definen de manera casuística
 - 3.1.3 Conclusiones respecto de la conciliación de estos dos aspectos
 - 3.2 Afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación
 - 3.2.1 Riesgos o daños medioambientales y sanitarios que pueden provocar el molibdeno y los sulfatos en el estero Carén
 - 3.2.2 Contraargumentos
 - 3.2.3 Conclusiones respecto de la conciliación de estos dos aspectos
4. Criterios orientativos de los órganos de control
 - 4.1 Toma de razón en materia ambiental en relación a la afectación de derechos fundamentales
 - 4.2 Criterios del Tribunal Constitucional respecto de normativa administrativa que vulnere derechos fundamentales
5. A modo de conclusión: interrogantes generadas por la dictación de este decreto
6. Bibliografía

1. El estero Carén: la polémica de los relaves

A comienzos de 2006, se desató una gran polémica derivada de los riles² emitidos al estero Carén³ por la División Codelco El Teniente, los cuales eran almacenados en un embalse de relave. La minera “deposita sus relaves en el tranque Carén desde el año 1987, donde se han realizado cuatro etapas de ampliación del muro”⁴. En este periodo la población ha debido abastecerse a través de norias o de manera externa, pues el estero en que se drenan los relaves no es apto para beber⁵.

Se alegaba que las concentraciones de diversos minerales presentes en el estero Carén, se hacían peligrosas tanto para el consumo humano, como para el desarrollo de la agricultura en la zona.

Esta situación se vio agravada el 16 de abril de 2006, fecha en que se derramaron más de 10 mil litros de relave en el estero Carén⁶, produciéndose a través de este suceso un grave daño ecológico, extendiéndose la contaminación por todo el cauce⁷. El hecho motivó al Seremi de Salud de la Región Metropolitana a ordenar la “limpieza total del fondo del cauce del estero y sus riberas”⁸.

Por su parte, el 3 de mayo personal del Servicio Agrícola Ganadero (SAG) efectuó una visita a terreno, en la cual se emitió un Acta de Inspección y se entregaron al representante de Codelco un acta de Citación y Denuncia por infracción a la Ley de Protección Agrícola N° 3557/ 80. El Informe del SAG⁹ indica

² Ril: Residuo industrial líquido.

³ El estero Carén está ubicado en la comuna de Alhué, Región Metropolitana, naciendo aproximadamente a 20 kms. al oeste de Rancagua. Recorre unos 10 kms. hasta formar una laguna homónima (el tranque de relaves Carén), la cual se estrecha para escurrir otros 6,8 kms. y desembocar en el estero Alhué. Ambos esteros son subsidiarios de la cuenca del río Rapel, que tras unirse avanzan 19 kms. para desaguar finalmente en el embalse del mismo nombre.

⁴ Información en www.codelco.com/prensa (15/05/06).

⁵ En el considerando 11° del Decreto Supremo 80 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se señala que: “(...) En el caso de la descarga que se regula por esta norma de emisión, ella no afecta fuentes de agua potable, y el pequeño porcentaje de la población en el sector del estero Alhué que aún se abastece de norias que pudieran ser impactadas por las aguas claras del tranque de Carén, puede ser abastecido mediante fuentes alternativas”.

⁶ Al respecto resulta interesante la exposición del Director de la COREMA de la VI Región, don Héctor González, quien en el marco de la Comisión Investigadora parlamentaria sostuvo: “(...) entre lo premeditado y el accidente hay una larga franja en que uno puede decir que hubo negligencia. En este caso, por los antecedentes de que dispongo, creo que la hubo, porque esas bombas [que vertieron 10 mil litros de relave en el estero Carén] nunca deberían haber apuntado hacia fuera durante la noche” (07/08/06).

⁷ El hecho ha sido publicado -entre otros medios-, en: www.lanacion.cl (11/07/06); www.elmostrador.cl (13/07/2006); www.iepe.org (14/07/06); www.economiaynegocios.cl (16/07/06).

⁸ Noticia en: www.iepe.org (10/07/06)

⁹ “Informe sobre emergencia ambiental. Derrame de relave Embalse Carén comuna de Alhué. Codelco-División El Teniente”, elaborado por el inspector del SAG Oficina Melipilla, Ingeniero Agrónomo Juan Machuca L.

que “la superficie afectada cubre aproximadamente unas 112 hectáreas (16 km de largo por un ancho promedio de unos 70 m.) totales con una diferente intensidad de cubrimiento”. Se consignan además las causas del desastre, señalándose que “producto de la construcción de obras de mejoramiento en la extracción de aguas claras del tranque de relaves se había producido un deslizamiento de relaves hacia el sector de trabajos, relaves que fueron succionados por un equipo de bombas que en el lugar extraen el agua de la zona en construcción, dando por resultado la salida hacia el Estero Carén de relaves, en una mezcla con agua clara a razón de 150 lt/s y por un tiempo estimado en unas 5 horas, la depositación de relaves alcanza una extensión estimada de unos 16 km”.

Con relación a los daños producidos, el Informe menciona los siguientes aspectos: pérdida de sitios de nidificación y lugares de alimentación de fauna silvestre; presunta intoxicación de ganado vacuno; presunta contaminación de norias y cauce de estero; daños sobre la agricultura local; daños sobre flora silvestre; y otros daños en el ecosistema del Estero Carén (vinculados a mortandad de peces, aves y carnívoros terrestres).

De parte de Codelco la responsabilidad ha sido asumida, señalando el gerente general de la División El Teniente, don Ricardo Álvarez, que “es primera vez que tenemos un incidente de este tipo y hemos tomado todas las medidas para que no vuelva a ocurrir. Pero la responsabilidad es nuestra, sin ninguna duda”¹⁰.

Mas, esta coyuntura esconde un problema de fondo generado por la dictación de una norma de emisión específica para los relaves emitidos al estero Carén, que paradójicamente hace menos estrictos los estándares para este efluente que los establecidos al resto del país. De este modo, el 26 de agosto de 2006, fue publicado en el Diario Oficial el Decreto Supremo Nº 80 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (DS 80)¹¹, que establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén. Esta norma establece un nivel menos exigente de concentración de sulfatos y molibdeno que el contemplado para el resto de las aguas superficiales. La regla general está dada por lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 90 de 2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (DS 90)¹², el cual establece que los relaves o residuos industriales líquidos que sean

¹⁰ Noticia en: www.lanacion.cl (11/07/06)

¹¹ Decreto Supremo 80 de 2005 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, “Norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén”; Promulgación: 26 de julio de 2006; Publicación: 26 de agosto de 2006; Entrada en vigor: “Artículo 17.- La presente norma de emisión entrará en vigencia en la fecha de su publicación en el Diario Oficial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6º.”

¹² Decreto Supremo 90 de 2000 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, “Norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales”; Promulgación: 30 de mayo de 2000; Publicación: 7 de marzo de 2001. Exigibilidad: según establece su numeral 5.1, la norma es exigible para las fuentes

vertidos en aguas superficiales, deberán respetar la regla de 1 mg/L de molibdeno y de 1000 mg/L de sulfatos.

El DS 80 es plenamente exigible, mas su acogida no ha sido pacífica, pues el 25 de septiembre de 2006 un grupo de 49 parlamentarios¹³ presentaron ante el Tribunal Constitucional¹⁴ un requerimiento de inconstitucionalidad contra la norma¹⁵. Esta acción fue resuelta por el tribunal por sentencia de 26 de abril de 2007, rechazándose el requerimiento interpuesto¹⁶.

En cuanto al contenido del DS 80, esta norma permite a la División Codelco El Teniente -que es la única fuente emisora que vierte sus riles en el estero Carén- descargar en dicho curso de agua concentraciones de hasta 1,6 mg/L de molibdeno y 2000 mg/L de sulfatos.

nuevas desde su entrada en vigencia (180 días luego de su publicación, esto es, a partir de septiembre de 2001); para las fuentes existentes, según establece su numeral 5.3, la norma comienza a ser exigible tras 5 años de su entrada en vigencia (o sea, desde septiembre de 2006).

¹³ Constitución Política de la República, artículo 93 inciso 19:

En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.

¹⁴ Constitución Política de la República, artículo 93 Nº 16:

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

16º Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

¹⁵ En el requerimiento, además de señalarse la normativa constitucional vulnerada, se efectúa un análisis de los antecedentes que llevaron a dictar una norma especial para el estero Carén: su fundamento -según los parlamentarios, Codelco buscaría “ahorrarse la inversión necesaria en tecnología”-; el proceso que se siguió para llegar al DS 80 -que se inició con la intención de incorporar una excepción en el DS 90, luego con la propuesta del DS 22, posteriormente con el “5º Programa Priorizado de Normas” de CONAMA y finalmente con el vigente DS 80 -; de los efectos del molibdeno y los sulfatos sobre el medio ambiente -señalan que sobre 1 mg/L de molibdeno “la OMS ha establecido que se generan impactos en la salud humana”-; y especialmente de las características del estero Carén y de qué manera le afectan las emisiones de Codelco -citan la “Carta de riesgo ecológico y conveniencia de protección de aguas superficiales y subterráneas de la Universidad de Chile”, que plantea que el estero Alhué “en su tramo posterior a unirse al estero Carén, excede en concentración de contaminantes a lo establecido en dicha norma [de riego NCH 1333]: los sulfatos alcanzan 744,5 mg/L (la norma dice 250 mg/L como máximo permitido), molibdeno 1,37 mg/L (la norma plantea como límite máximo para riego 0,01 mg/L, 137 veces menos que lo existente)”-.

¹⁶ Tribunal Constitucional; causa rol 577-2006; se admitió a tramitación el 4 de octubre de 2006.

Junto con el requerimiento de inconstitucionalidad, se solicitó se decretara una orden de no innovar respecto del DS 80, ello con el fin de paralizar temporalmente los efectos de la norma hasta que se resolviera la controversia respecto de su constitucionalidad. El 4 de octubre el tribunal resolvió no darle lugar a esta última solicitud. La sentencia de 26 de abril de 2007 -redactada por el ministro Raúl Bertelsen Repetto-, en su parte resolutive señala “que se rechaza el requerimiento interpuesto a fojas 1”.

Este caso refleja una cuestión más profunda respecto de nuestra normativa ambiental, y es que las normas de emisión se establecen analizando la problemática desde el punto de vista del “contaminador”, y no del “contaminado”. Ello porque las concentraciones máximas se estipulan para los riles que expulse un emisor y no para la concentración tolerable en un cauce.

Esto lleva a situaciones indeseadas como la reseñada, en que se considera aceptable cierta concentración de contaminantes, sin miramientos al receptor -que ya presenta altos niveles de residuos-. Al no enfocar el problema ambiental como una globalidad, alcanzar un óptimo social no será factible.

2. *El DS 80/05*

2.1 *Origen*

Tras establecerse la norma general a través del DS 90, ha existido la intención tanto de parte de Codelco como del Gobierno, de crear una disposición especial para los riles emitidos por la empresa. Ello debido a los enormes costos que implica la adopción de la nueva norma de emisión¹⁷, a la que Codelco no se podría sujetar en el corto plazo.

De este modo, ya en 2001 Codelco solicitó a la autoridad que estudiara la aplicación de una norma territorial especial para la zona del estero Carén¹⁸, arguyendo que no existe peligro medioambiental en dicho sector derivado de las emisiones de relaves a las aguas. En su solicitud pone a disposición todos los antecedentes técnicos y científicos que avalan su pretensión de fijar un nivel de concentración mayor para el molibdeno y los sulfatos.

En su momento, la estatal argumentó “que ningún país del mundo regula obligatoriamente el molibdeno y el sulfato en aguas, existiendo en algunos, directrices o recomendaciones que pueden modificarse regionalmente dependiendo de las condiciones reinantes”, señalando asimismo, que “en animales alimentados con pastos regados con estas aguas [del estero Carén] y que han bebido de ellas, no se han presentado casos de molibdenosis y se han tenido productividades iguales o mejores que el promedio nacional”¹⁹.

2.2 *Naturaleza jurídica*

El DS 80 es una norma de emisión de carácter secundario, esto es, que regula el nivel de concentraciones de ciertos componentes en los residuos

¹⁷ El Presidente ejecutivo de Codelco, don José Pablo Arellano, señaló ante la Comisión Investigadora parlamentaria que cumplir con el DS 90 en todos los riles, “significa para la División El Teniente una inversión cercana a los 70 millones de dólares”. A su tiempo, satisfacer el DS 80 “involucra una inversión de 24 millones de dólares (...), más un mayor costo de operación anual de 2 millones de dólares” (04/10/06).

¹⁸ Codelco; Informe Sustentable, Nº 6; 2001.

¹⁹ Ídem.

emitidos a las aguas, con el fin de proteger el medio ambiente y la naturaleza. Se diferencia de las normas primarias de emisión en que no constituiría un riesgo para la salud de la población.

La norma debió dictarse a través de un Decreto Supremo, según lo ordenado en el artículo 3º del “Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión”, establecido en el Decreto Supremo N° 93 de 1995. El Tribunal Constitucional²⁰, siguiendo al profesor Alejandro Silva Bascuñán, ha señalado que un “decreto supremo es aquella disposición de gobierno o administración del Estado que, fundada en la Constitución o en la ley, dicta el Presidente de la República con carácter especial y particular”.

2.3 Fundamentos

El Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Segpres) presenta las razones que lo llevan a establecer la norma de emisión del DS 80 en los considerandos de la misma norma. En ellos se establece un resumen de lo recavado en la “carpeta administrativa” que el organismo creó para el efecto de estudiar la factibilidad de la aprobación del decreto, así como las razones técnicas pertinentes.

En primer término -y de modo general-, enuncia en los considerandos 4º y 5º la procedencia de una norma territorial específica, debido a las especiales características que poseen las aguas en que se drenan los desechos industriales en cuestión. De este modo, resultaría procedente la aplicación de una excepción en el caso específico de los relaves emitidos al estero Carén, debido a la existencia de “antecedentes técnicos, económicos y ambientales”, según expone en el considerando 6º; aquellos “han sido revisados por diversos especialistas y autoridades en el proceso de elaboración de la norma” (considerando 8º).

Posteriormente, se avoca a explicar de qué modo tanto el sulfato como el molibdeno, resultan inofensivos para el medio ambiente.

Respecto al sulfato, señala en el considerando 11º que “concentraciones inferiores a 1.000 mg/L son fisiológicamente inofensivas para la mayoría de la población” (justamente el nivel fijado por el DS 90 para toda la industria). Establece que concentraciones de sulfatos en agua potable entre 1.000 y 2.000 mg/L pueden causar efectos laxantes sobre la población humana”, pero como “no se afecta(n) fuentes de agua potable”, no existiría inconveniente. Lo anterior sin miramientos al daño producido a la comunidad de Alhué, en que muchas personas aún se abastecen de norias que pueden ser afectadas; al respecto, la autoridad considera que pueden abastecerse “mediante fuentes alternativas”.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, “Requerimiento Plan Intercomunal La Serena Coquimbo”, causa rol 153-1993, Considerando 7º, citada por el profesor Luis Cordero Vega en “Derecho Administrativo y Tribunal Constitucional” (Apunte), 2ª versión, Primer semestre 2007.

En cuanto a la afectación de la actividad agrícola, el considerando 12º señala que si bien son inocuas las aguas de una conductividad menor a 1,5 dS/m, concentraciones de sulfato de 1.130 mg/L provocan una de 1,8 dS/m. Mas, nuevamente, ello no constituiría un problema, pues casi la totalidad del sulfato emitido es de calcio, y éste “posee una serie de beneficios en la agricultura” (considerando 13º), neutralizando mediante su aporte los otros efectos perjudiciales.

En relación al molibdeno, la Segpres justifica la adopción de una norma diversa en virtud que -además de ser “un elemento esencial en el metabolismo humano”-, “no existen datos que hagan suponer que es carcinogénico por vía oral”; por otro lado, dicho mineral “no está regulado en el agua potable en Chile, ni en Estados Unidos y la Comunidad Europea” (considerando 15º). El único problema que vislumbra la autoridad, es que el molibdeno “es absorbido y concentrado por las plantas” (considerando 16º).

2.4 Proceso formativo

En 1996, en el marco de la discusión de la norma nacional de emisión -establecida actualmente en el DS 90-, la autoridad intentó establecer una situación de privilegio para Codelco; se buscaba excepcionar a la estatal de la regla general para sus derrames, cuestión que fue rechazada por la Contraloría.

Posteriormente, en 1999 se propuso la dictación del DS 22, que establecía parámetros aún menos exigentes que los actuales, para los riles que la División Codelco El Teniente descargara en el estero Carén. Dicho proyecto buscaba fijar la concentración de las emisiones de molibdeno en 2,5 mg/L y las de sulfatos en los actuales 2000 mg/L. Este decreto fue declarado inconstitucional e ilegal por la Contraloría²¹, al contravenir -entre otras normas- el artículo 19 N° 2 y 8 de la Constitución. En dicha oportunidad, la Contraloría se refirió a las “diferencias arbitrarias” establecidas en la norma, además de la inobservancia de la obligación que “la Constitución Política impone al Estado en orden a velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, y a tutelar la preservación de la naturaleza”.

Ya en un tercer intento, la CONAMA presentó el “5º Programa Priorizado de Normas”, que buscaba reducir el estándar aplicable a Codelco respecto de las emisiones, el cual igualmente fue declarado inconstitucional e ilegal por la Contraloría²². En su argumentación, el órgano contralor estableció la existencia de “un trato diferente para las descargas [de Codelco]”, significando esto “una discriminación que vulnera lo dispuesto en los artículos 19 N° 2, 8, 21 inciso segundo y 22 de la Constitución y, 5 y 40 de la Ley 19.300”, pues “no está suficientemente justificado” dicho trato especial. A mayor abundamiento, agrega

²¹ Contraloría General de la República. Oficio N° 729 de 10 de enero de 2000.

²² Contraloría General de la República. Oficio N° 52.568 de 9 de noviembre de 2005.

que “de los antecedentes examinados no se aprecia cuales son esas condiciones y características ambientales especiales del estero Carén que justifica que se permitan mayores concentraciones de los contaminantes regulados en comparación con los establecidos en el resto del país. Es más, de los estudios acompañados por Codelco-Chile en el procedimiento de elaboración de la norma, se desprende que los límites máximos que fija el decreto observado han sido establecidos en concordancia con las mediciones históricas registradas en el único tranque de relave que hasta la fecha descarga sus residuos líquidos en el cuerpo de agua referido”.

La autoridad continuó insistiendo con su solicitud, la que finalmente fue aprobada el 30 de junio de 2006²³. La Contraloría varía su posición respecto a su anterior Oficio, señalando que la consideración de los estudios técnicos -las razones de fondo que avalan la dictación de una norma de emisión- “corresponde efectivamente a la Administración activa”, en este caso, a la Segpres. El órgano contralor manifiesta que “esos estudios permiten completar el juicio que la Contraloría General debe formular sobre la juridicidad del acto, tanto en cuanto a los requisitos de forma y de fondo del mismo, como en cuanto a su fundamentación. Todo ello, a fin de cautelar que el ejercicio de las facultades otorgadas a la administración activa en materia de normas ambientales sea motivado, fundamentado y concuerde con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferir las”.

Según lo razonado, a juicio de la Contraloría “la referida norma de emisión tiene suficiente sustento jurídico”, ajustándose “tanto al artículo 40 de la Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, como al artículo 33 del decreto Nº 93 de 1995” de la Segpres²⁴.

Posteriormente, tal como se señalara, el decreto fue impugnado ante el Tribunal Constitucional a través de un requerimiento de inconstitucionalidad -aduciendo principalmente que vulnera el principio de igualdad al establecer un parámetro de emisión diverso para un contaminante específico-, solicitud que finalmente fue rechazada por sentencia de 26 de abril de 2007. En la base de su argumentación, el fallo señala “que el respeto integral de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria en materia económica por parte de los órganos del Estado, exige también la existencia de factores y circunstancias especiales que justifiquen el trato diferente autorizado por la ley, y que, en el caso de normas de emisión para efluentes que tienen un ámbito de aplicación territorial acotado, se vinculan con las características del curso de aguas a que se descargan, características que en el caso sub lite han sido ponderadas por los órganos administrativos que intervinieron en la

²³ Contraloría General de la República. Oficio Nº 30.516 de 30 de junio de 2006.

²⁴ Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión, establecido en el Decreto Supremo Nº 93 de 1995, artículo 33:

Las normas de emisión podrán utilizarse como instrumento de prevención de la contaminación o de sus efectos, o como instrumento de gestión ambiental insertas en un Plan de Descontaminación o de Prevención.

elaboración de la norma de emisión y por la Contraloría General de la República, apreciación que no ha sido desvirtuada por los requirentes y que, a falta de antecedentes, impide al Tribunal Constitucional formarse una convicción contraria”²⁵.

Lo anterior ilustra respecto de la importancia que nuestra normativa ambiental ha dado a los estudios técnicos para la determinación de los niveles de contaminación tolerados por una norma de emisión. Ello debido a que en las definiciones de las normas primarias y secundarias de calidad ambiental establecidas en la LGBMA²⁶, no se expresa cuál es el nivel admisible de contaminación ni el riesgo que debemos tolerar respecto de los residuos que son desechados al ambiente²⁷. Tras esta omisión, son las entidades técnicas -a través de informes valorados por instancias jurídicas en un procedimiento reglado²⁸-, quienes grafican el estándar aceptable de contaminación que debemos soportar.

A este respecto, el Tribunal Constitucional señala que “mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, “Requerimiento Decreto Supremo 80 de 2006”, causa rol 577-2006, Considerando 17º.

²⁶ Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2:

n) Norma Primaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población;

ñ) Norma Secundaria de Calidad Ambiental: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección

²⁷ Brito, Paulina y Navarro, Solange; “El derecho ambiental y su aplicación en la actividad minera”; Memoria, Universidad Central; 2002.

²⁸ Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 32:

Mediante decreto supremo, que llevará las firmas del Ministro Secretario General de la Presidencia y del Ministro de Salud, se promulgarán las normas primarias de calidad ambiental. Estas normas serán de aplicación general en todo el territorio de la República y definirán los niveles que originan situaciones de emergencia.

Mediante decreto supremo que llevará las firmas del Ministro Secretario General de la Presidencia y del ministro competente según la materia de que se trate, se promulgarán las normas secundarias de calidad ambiental.

Un reglamento establecerá el procedimiento a seguir para la dictación de normas de calidad ambiental, que considerará a lo menos las siguientes etapas: análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad. Establecerá además los plazos y formalidades que se requieran para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo y los criterios para revisar las normas vigentes.

Toda norma de calidad ambiental será revisada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente a lo menos cada cinco años, aplicando el mismo procedimiento antes señalado.

La coordinación del proceso de generación de las normas de calidad ambiental, y la determinación de los programas y plazos de cumplimiento de las mismas, corresponderá a la Comisión Nacional del Medio Ambiente.

una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante”²⁹. De este modo, enfoca su análisis en una cuestión de prueba, que en este caso habría sido insuficiente.

3. Problemáticas jurídicas del DS 80/06

Habiendo descrito los antecedentes del DS 80, abordaremos el análisis jurídico de la norma, enunciando la problemática que genera respecto a dos aspectos principales: la afectación del principio de igualdad y del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El respeto o vulneración de estas facetas por parte del DS 80 ha sido controvertido, teniéndose a la vista en la discusión una multiplicidad de factores que inciden en la adecuación de la norma al ordenamiento jurídico. Tanto respecto del principio de igualdad como del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, identificamos posiciones contrarias que buscan dar respuesta al conflicto.

3.1 Afectación del principio de igualdad

En este caso, el problema se suscita debido a la dicotomía existente entre el trato desigual que se da al ejercicio de una actividad económica -producto de una norma de emisión específica para un solo contaminador-, y la necesidad de definir las normas de emisiones de manera casuística, estableciendo un tratamiento específico en razón de las características propias de cada territorio. En definitiva, el problema estriba en si la diferenciación es arbitraria o no.

3.1.1 Trato desigual y arbitrario en el ejercicio de la actividad económica

La vulneración de este principio la encontramos en la afectación de los numerales 2, 3, 21, 22 del artículo 19 de la Constitución Política, a raíz de la entrada en vigencia del mentado decreto. Esta óptica se encuentra razonada en el recurso de inconstitucionalidad al que se hizo referencia, en el cual se aborda la temática de los derechos fundamentales involucrados.

El N° 2 del artículo 19 -que garantiza el derecho de “la igualdad ante la ley”-, se vería afectado por la manera arbitraria³⁰ en que se establece la excepción en

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, “Requerimiento Decreto Supremo 80 de 2006”, causa rol 577-2006, Considerando 13°.

³⁰ En el requerimiento se plantea que el principio de igualdad se vería afectado, cuando las excepciones o discriminaciones no se establezcan de manera razonable. Ello se colige de lo señalado por el Tribunal Constitucional, que por sentencia N° 53 de 1988, dictada a propósito del Proyecto de Ley Orgánico Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en su

cuestión. El DS 80 -señalan los diputados- sería “una norma ad-hoc como privilegio sólo para Codelco y además en un área severamente contaminada lo que pone a los vecinos y comunidad residente de Alhué en un pie de discriminación no autorizada por la Constitución, al tener que soportar índices de contaminantes mayores a los que toleramos el resto de la población del país”.

La arbitrariedad -continúan- estriba en que de la lectura del Informe de la Universidad de Chile³¹ y de “todos los estudios independientes sobre la materia, lo único que puede concluirse es que la zona del estero Carén presenta altos índices de contaminación por sulfatos, [y] molibdeno (...)”. Además, en parte alguna de aquellos se recomendaría cambiar la norma de molibdeno, siendo el mismo Informe técnico de CONAMA el que “no es claro respecto de flexibilizar la norma de sulfatos y es muy claro en señalar que la norma de molibdeno no se puede relajar”. Esto se sumaría al hecho que la norma ha sido dictada “para una empresa y no para una zona o territorio determinado”.

En cuanto a la afectación del artículo 19 N° 3 -que garantiza a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”- y del artículo 7° -que ordena a la administración ceñirse a las normas constitucionales y legales, y a sustentar sus actos en los procedimientos reglados³², so pena de declararse la nulidad de sus actos-, los parlamentarios afirman que el “expediente de tramitación [del DS 80] Rol N° 01/03, no consigna los oficios, partes, piezas y documentos exigidos por el Reglamento [para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión]”, establecido en el DS 93/95.

Asimismo, el informe que esgrime la CONAMA para sustentar la dictación de la norma, no cumpliría con el procedimiento establecido, específicamente en lo

considerando 73 señala que “la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad” (el tribunal cita la obra “Linares Quintana, Segundo; Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado; Tomo IV; 1956). En cuanto al concepto de discriminación arbitraria, los parlamentarios citan la obra “Evans de la Cuadra, Enrique; Los Derechos Constitucionales; Tomo II; 2ª edición; Editorial Jurídica; 1999”, en que se entiende como “toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”.

³¹ Estudio denominado “Propuesta para regular las emisiones de riles desde depósitos de relaves”, realizado en 2002 por la Dirección de Recursos Hídricos y Medio Ambiente del Departamento de Ingeniería Civil de la Universidad de Chile.

³² Constitución Política de la República, artículo 7°:

Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

ordenado por el artículo 5º del DS 93/95³³. Ello porque no se habrían encargado estudios especiales para este caso, sino que se utilizó uno de carácter general elaborado por la Universidad de Chile en diciembre de 2002. Éste tenía como objetivo “analizar y evaluar información existente, en el país y el extranjero sobre el tema de depósitos de relave, para generar una propuesta sobre el tipo de instrumento más adecuado para regular las emisiones de los depósitos de relaves, teniendo en consideración antecedentes científicos, técnicos y económicos disponibles y los posibles impactos ambientales de las emisiones sobre las aguas superficiales y subterráneas”.

A juicio de los diputados, no se trataría de “un estudio casuístico y cualitativo especialmente encargado para dictar el DS 80, sino que uno de carácter general, encargado para fines de regulación general y antes del proceso administrativo del DS 80, lo que implica infringir los arts. 32 de la Ley 19.300 y arts. 12, 13, 34 y 35 del DS 93”.

Este mismo razonamiento -referido a las insuficiencias del DS 80 en cuanto a haberse incumplido el procedimiento reglado para su dictación- daría pie para ejercer otra herramienta procesal, como es la acción de nulidad de derecho público. Ésta se sustenta en el antedicho artículo 7º de la Constitución y en el 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado³⁴, y podría formar parte de la estrategia para dejar sin efecto lo dispuesto en el DS 80.

Por su parte, en el seno de la Comisión Investigadora parlamentaria conformada a propósito del derrame en el estero Carén y de la dictación del DS 80³⁵, el abogado especialista en Derecho Ambiental, señor Lorenzo Soto³⁶, alude

³³ Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión, establecido en el Decreto Supremo Nº 93 de 1995, artículo 5º:

El procedimiento para la dictación de las normas de calidad y de emisión, comprenderá las siguientes etapas: desarrollo de estudios científicos, análisis técnico y económico, consulta a organismos competentes públicos y privados y análisis de las observaciones formuladas. Todas las etapas tendrán una adecuada publicidad.

La coordinación del procedimiento de generación de normas de calidad ambiental y de emisión, corresponderán a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en adelante la Comisión.

Asimismo, corresponderá a la Comisión proponer, facilitar, revisar y coordinar la dictación de las normas de emisión.

³⁴ Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 2º:

Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

³⁵ El 7 de agosto de 2006 se inició el trabajo de una Comisión Investigadora en el seno de la Cámara de Diputados, la cual se avocaría a determinar las eventuales responsabilidades existentes a raíz del derrame el 16 de abril del mismo año de 10 mil litros de relave en el estero Carén. Asimismo, se investigaría el procedimiento de dictación del DS 80, que a esa época aún no se encontraba vigente.

La instancia se denominó “Comisión investigadora sobre eventuales irregularidades cometidas por Codelco-Chile con motivo del derrame de relaves en los esteros Carén y Alhué, y la tramitación del

al concepto ético que hay detrás del establecimiento de un máximo de riesgo aceptable. Ello se desprende del artículo 2º letra d) de la LGBMA³⁷, que fija como límite de toda contaminación el “riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”.

Según el señor Soto, “los fines de las normas de emisión son: i) un instrumento de prevención de la contaminación; ii) un instrumento de prevención de sus efectos; iii) un instrumento de gestión ambiental inserta en un plan de descontaminación y/o de prevención, esto es, para recuperar la calidad original del medio ambiente”. De estos, ninguno es cumplido por el DS 80, el cual se establece para “regular las descargas desde tranques de relaves del estero Carén. Es decir, es una norma absolutamente desnaturalizada desde el punto de vista jurídico, porque está dirigida a una industria determinada”.

Además, advierte respecto de los artículos 13 y 14 del DS 80³⁸, los cuales autorizan -en ciertos casos- a elevar las concentraciones de sulfatos hasta 2.300 mg/L y las de molibdeno hasta 2,32 mg/L, respectivamente.

3.1.2 Las normas de emisión se definen de manera casuística

Por su parte, la autoridad justifica la discriminación afirmando que no se basa en un criterio arbitrario, sino en un procedimiento reglado, habiéndose cumplido a cabalidad sus disposiciones, y que por lo demás este tipo de normas deben establecerse de manera particular y casuística.

Decreto Nº 80, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia ante la Contraloría General de la República”, fue presidida por el diputado Fernando Meza Mondaca y sesionó hasta el 4 de octubre de 2006, celebrándose un total de cinco sesiones ordinarias.

³⁶ Exposición realizada en la 4ª Sesión de la Comisión Investigadora, de 23 de agosto de 2006.

³⁷ Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2º letra d):

Para todos los efectos legales, se entenderá por:

Contaminante: todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.

³⁸ Decreto Supremo Nº 80 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia:

Artículo 13.- Para sulfatos se deberá cumplir en forma simultánea:

- a) Ninguna muestra semanal supere en un 15% el límite máximo establecido en la Tabla 1.
- b) El promedio de las muestras semanales de los últimos 12 meses no exceda el valor establecido en la Tabla 1.

Artículo 14.- Para el molibdeno se deberá cumplir en forma simultánea:

- a) Del total de muestras anuales, sólo el 80% de ellas podrán exceder hasta en un 25% el límite máximo establecido en la Tabla 1, es decir, 2,0 mg/l. Para el período comprendido entre el 1 de abril hasta el 30 de septiembre, el 20% de las muestras anuales totales, podrán exceder hasta en un 45% el límite máximo establecido en la Tabla 1, es decir, 2,32 mg/l.
- b) El promedio de las muestras semanales de los últimos 12 meses no exceda el valor establecido en la Tabla 1.

Al respecto, son atingentes las observaciones³⁹ que efectuó el Ejecutivo al requerimiento de inconstitucionalidad contra el DS 80. En dicha presentación se señala que las normas de emisión tienen como finalidad “fijar un estándar o límite máximo para el contaminante regulado, que (...) responda a la consideración de todas las variables ambientales propias del ámbito territorial específico en que se aplicará”. En el documento también se enuncian las características que necesariamente debe cumplir una norma especial de emisión. Estas son:

- i) Instrumentos de gestión ambiental, que tienen como finalidad la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
- ii) Normas jurídicas obligatorias, derivadas de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, expresada en los artículos 40 y 72 letra d) de la LBGMA, en relación al artículo 32 N° 6 de la Constitución.
- iii) Su elaboración debe sujetarse a un procedimiento reglado⁴⁰, según disponen los artículos 40 y 32 inciso 3° de la LBGMA, que en el particular se encuentra establecido en el DS 93/95 (Reglamento) y que contempla las siguientes fases:
 - a. Elaboración de estudios científicos y técnicos (artículo 34)
 - b. Elaboración del anteproyecto de norma de emisión (artículo 14).
 - c. Elaboración de un análisis económico social.
 - d. Consulta y participación ciudadana (artículo 17) y consulta al Consejo Consultivo de CONAMA (artículo 18).
 - e. Análisis de las obligaciones formuladas (artículo 21).
 - f. Aprobación del proyecto definitivo de norma de emisión (artículo 22).
 - g. Propuesta de la norma al Presidente de la República (artículo 23).
 - h. Dictación de la norma de emisión, a través de decreto supremo, con las firmas del Ministro Secretario General de la Presidencia y los Ministros sectoriales que correspondan.
- iv) Se definen considerando las condiciones y características ambientales de la zona en que se aplicarán, según ordenan los artículos 40 y 32 de la LGBMA y el DS 93/95.
- v) Deben establecerse para un ámbito territorial específico, tal como establece el artículo 40 LGBMA.
- vi) Pueden tener diferentes objetivos específicos, como descontaminación o prevención de contaminación, según dispone el artículo 33 del Reglamento.

³⁹ Observaciones al requerimiento de inconstitucionalidad contra el DS 80, presentadas por el Ejecutivo el 20 de octubre de 2006, a través del Vicepresidente de la República, Belisario Velasco B., y de la Ministra Secretaria General de la Presidencia, Paulina Veloso V.

⁴⁰ En la presentación del Gobierno se sistematizan los principios que deben regir este procedimiento. Estos son: publicidad; participación; motivación (fundamentación de la norma); impugnabilidad (recurso ante el juez de letras competente, según se desprende de los artículo 40 y 50 de la LGBMA y 38 del DS 93/95 (Reglamento); variable técnica (dados los antecedentes técnicos, científicos y sociales que se deben aportar).

- vii) Deben cumplir con los contenidos mínimos del artículo 35 del Reglamento⁴¹.

Tras esta sistematización, el Gobierno -en su escrito de observaciones-, argumenta de qué modo el DS 80 se ajusta a estos requisitos, tratando dos aspectos involucrados. Señala en primer lugar, que el decreto es una norma de emisión que cumple con los contenidos mínimos exigidos en la ley, siendo estos los siguientes:

- i) Los fundamentos y motivos se encuentran contenidos en los considerandos del DS 80.
- ii) El ámbito territorial de la norma de emisión se cumple al referirse a los riles descargados desde tranques de relaves al estero Carén, comuna de Alhué, Región Metropolitana.
- iii) Los límites máximos para los contaminantes normados son de 1,6 mg/L de molibdeno y 2.000 mg/L de sulfatos.
- iv) La exigencia del artículo 35 letra d) del Reglamento, que obliga a establecer el tipo de fuente regulada, se cumple en los artículos 1. 3 y 4 del DS 80, al señalarse que se aplica a descargas efectuadas desde tranques de relaves, entendiéndose por estos los depósitos regulados por el Decreto Supremo N° 86 de 1970 del Ministerio de Minería.
- v) El objetivo de protección ambiental que ordena el artículo 5 letra b) del Reglamento, se verifica en el artículo 2 del DS 80, que busca la protección de los recursos hídricos del estero Carén frente a emisiones de sulfatos y molibdeno descargadas en él.
- vi) Los plazos y programa de cumplimiento que estipula el artículo 35 letra e) del Reglamento, se observan en los artículos 6 y 7 del DS 80.
- vii) Lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento, relativo a las metodologías de medición y control, se detallan en el Título IV del DS 80.
- viii) Por último, la fiscalización y vigencia de la norma de emisión que ordena el mismo artículo 28, son cuestiones que se tratan en los Títulos V y VI del DS 80, respectivamente.

En segundo término, el Ejecutivo plantea que el DS 80 se habría elaborado y dictado conforme al procedimiento reglado dispuesto por la ley, siendo sus etapas las siguientes:

⁴¹ Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión, establecido en el Decreto Supremo N° 93 de 1995, artículo 35:

Toda norma de emisión contendrá, además de lo estipulado por el artículo 28, las siguientes materias:

- a) La cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora;
- b) Los objetivos de protección ambiental y resultados esperados con la aplicación de la norma;
- c) El ámbito territorial de su aplicación;
- d) Los tipos de fuentes reguladas; y,
- e) Los plazos y niveles programados para el cumplimiento de la norma.

- i) Cumpliendo lo establecido en el Título II del Reglamento, la norma de emisión “fue incluida en el 6º Programa Priorizado de Normas, aprobado por el Consejo Directivo de CONAMA mediante Acuerdo Nº 172, del 5 de abril de 2001 y publicado en extracto en el Diario Oficial el 31 de mayo del mismo año”⁴².
- ii) Mediante Resolución Exenta Nº 277 de 27 de marzo de 2003, la Dirección Ejecutiva de CONAMA dio inicio al proceso de elaboración del anteproyecto de norma de emisión.
- iii) En observación al artículo 17 del Reglamento, el anteproyecto de norma fue aprobado por Resolución Exenta Nº 671 del 3 de mayo de 2004 por la misma Dirección Ejecutiva, publicándose en el Diario Oficial el día 15 del mismo mes. A su vez, el día 25 de mayo, el anteproyecto fue remitido en consulta al Consejo Directivo de CONAMA, el cual emitió su opinión favorable –sin votos disidentes- el 11 de noviembre de 2004.
- iv) Se elaboró el proyecto definitivo de la norma, aprobándose el por parte del Consejo Directivo de CONAMA el 17 de enero de 2005 mediante el Acuerdo Nº 263; así, se dio cumplimiento al artículo 22 del Reglamento.
- v) Finalmente, el proyecto se sometió a consideración del Presidente de la República, dictándose el decreto respectivo por los Ministros Secretario General de la Presidencia y de Obras Públicas, según ordena el artículo 40 de la LGBMA. La Contraloría tomó razón del decreto el 30 de junio de 2006, publicándose el 26 de agosto del mismo año.

El Tribunal Constitucional hace suyas las alegaciones del Ejecutivo, avalando el accionar de la Segpres, al indicar que “la autoridad administrativa que aprobó la norma de emisión especial para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén, ha actuado legalmente habilitada, ya que es la propia Ley Nº 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, la que, por una parte, al regular el establecimiento de las normas de emisión en su artículo 40, dispone que el decreto supremo que las apruebe ‘señalará su ámbito territorial de aplicación’ y, por otra, en su artículo 5º, únicamente excluye las medidas de protección ambiental que contengan diferencias arbitrarias en materia de plazos o exigencias, de modo que es la ley y no la mera voluntad de la administración la que ha permitido la existencia de normas de emisión diferentes para distintos lugares del país”.

A este mismo respecto, resultan interesantes los planteamientos efectuados por la Ministra Secretaria General de la Presidencia, señora Paulina Veloso⁴³, quien -defendiendo la especialidad de las normas de emisión- hace un análisis jurídico más general del procedimiento que llevó a la dictación del DS 80, así

⁴² Extracto de las Observaciones al requerimiento de inconstitucionalidad contra el DS 80.

⁴³ Exposición realizada en la 1ª Sesión de la Comisión Investigadora, de 7 de agosto de 2006.

como de los argumentos que sustentan la norma, defendiendo su apego a la normativa vigente.

En este contexto, señala que las normas de emisión serían “normas secundarias”, según la distinción del artículo 2º de la LBGMA en sus letras n) y ñ). Ello porque buscarían proteger el medio ambiente o la naturaleza, y no directamente al ser humano. Así, se podrían establecer excepciones territoriales dependiendo de las características específicas de un sector, cuestión no aplicable en el caso de las normas primarias, que son generales para toda la República pues protegen la salud de las personas.

Este razonamiento lo sustenta en la voluntad del legislador, quien a la época de discusión de la LBGMA quiso dejar asentada expresamente esta situación; la consideración de las características propias de la zona en que se establece la norma de emisión, fue una observación agregada en el Senado al proyecto original. Finalmente, en la Cámara se estableció la frase “condiciones y características ambientales propias de la zona en que se aplicarán”, que se incluyó en el actual artículo 40.

Luego se refiere a la tramitación que se dio a esta norma de emisión excepcional, la cual sufrió varios reveses a raíz de la devolución sin tramitar de las propuestas del Gobierno por parte de la Contraloría. Señala que “en el período de las observaciones, se recibieron alcances de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, del Departamento de Ingeniería Química de la Universidad de Chile, de Codelco y de un agricultor”, quien pidió “que se apruebe a la brevedad posible, dado que es muy relevante para la agricultura de la zona la existencia de aguas claras provenientes de los relaves de Codelco⁴⁴”.

En cuanto a las negativas de la Contraloría, la Ministra expresa que lo relevante es la conclusión del proceso -que en este caso determinó la aprobación de la norma-, y no los reparos producidos a lo largo de éste. A su juicio, “esto es igual que los fallos judiciales. En materia judicial, en primera instancia muchas veces hay sentencias que pueden ser maravillosas, pero si en segunda instancia la Corte Suprema las revoca, lo que vale es lo último”.

Respecto a la reconsideración de la toma de razón por parte de la Contraloría, aclara que a ésta “no le corresponde hacer un análisis de mérito del procedimiento, sino un análisis de la legalidad del mismo, de manera que no puede decir si los informes técnicos le resultan o no suficientemente justificativos, puesto que no tiene competencia en materia medioambiental y la ley no le ha otorgado atribuciones en esa área”.

Avalando el establecimiento de una norma específica, el Presidente de la Comisión de Medio Ambiente de la Corporación de la Producción y del Comercio,

⁴⁴ Ello porque en la zona -tradicionalmente de secano-, se había desarrollado una agricultura de riego justamente en base a las aguas claras vertidas por Codelco.

señor Javier Hurtado⁴⁵, advierte que “sin normas de calidad bien definidas para cada recurso, para cada río, para cada cuenca, el problema ambiental no tiene solución”, pues no se puede proteger el medio ambiente con una regla general de emisión sin atender las particularidades de cada cauce.

Según su análisis, el problema no es el DS 80 sino que el DS 90. Éste último violaría el artículo 40 de la LBGMA y el 34 del DS 93/95, ya no es específico por zonas, lo que es absurdo e inútil, pues “no puede existir una norma de agua que sea igual para todos los ríos, porque las capacidades de los ríos son distintas”, y “basta con que todos los actores cumplan con la norma y se sigan agregando actores que cumplan con la norma para que los recursos se saturen”.

Finalmente, este representante de los empresarios no manifiesta aprensiones respecto de la excepcionalidad del DS 80, pues pese a ser “hecho a la medida de una empresa específica (...) desde un punto de vista estrictamente legal, las normas sobre emisión de recursos hídricos son generalmente específicas del lugar”.

Por su lado, el profesor de Derecho Ambiental de la Escuela de Graduados de la Universidad de Chile, señor Mario Galindo⁴⁶, arriba a tres conclusiones tras examinar el proceso de dictación del DS 80: i) fue fijado conforme al procedimiento establecido; ii) cumple con los requisitos de la normativa vigente, al efectuarse un juicio técnico por parte de la autoridad; iii) establece una diferenciación para una zona determinada del territorio, lo que es compatible tanto con la Constitución, como con la prevención de la contaminación y sus efectos.

Respecto a la licitud del establecimiento de una excepción en esta materia, señala que la Constitución en los numerales 2 y 22 del artículo 19, pone como límite de la discriminación a la arbitrariedad. Así, al encontrarse la norma suficientemente argumentada en el expediente administrativo -a través de antecedentes técnicos-, se justifica plenamente la dictación de un estándar especial.

En cuanto a la discusión respecto al funcionamiento de la Contraloría, indica que ésta -en el marco de la toma de razón o del control de legalidad-, se debe abstener de considerar los elementos técnicos o discrecionales de un determinado acto administrativo, según le ordena su Ley Orgánica Constitucional en el artículo 21 b)⁴⁷.

3.1.3 Conclusiones respecto de la conciliación de estos dos aspectos

⁴⁵ Exposición realizada en la 3ª Sesión de la Comisión Investigadora, de 16 de agosto de 2006.

⁴⁶ Exposición realizada en la 4ª Sesión de la Comisión Investigadora, de 23 de agosto de 2006.

⁴⁷ Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (Ley 10.336, fija su texto el Decreto Nº 2421 de 1964 del Ministerio de Hacienda), artículo 21 b):

La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.

La discriminación es una situación que -tal como se ha enunciado- se permite siempre que se establezca de manera racional, sin caer en arbitrariedades. Así, la procedencia o no de la afectación de la libertad económica se basa en el análisis y fundamentación de este aspecto.

Esta situación es reconocida en materia internacional por el artículo XX del GATT de 1994, específicamente en sus letras b) y g)⁴⁸, en que se supedita el libre comercio a las medidas adoptadas por los países en materia ambiental que no sean arbitrarias ni injustificables. Mas, los supuestos contemplados en dicho acuerdo se vinculan a medidas que protejan al ser humano y al medioambiente, y no que relajen los estándares establecidos para su conservación -tal como ocurre con el DS 80-. Desde esta óptica, el GATT no toleraría una norma de esta naturaleza, pese a que logre justificarse y ser presentada como no arbitraria.

Asimismo, la elaboración de la norma para relajar el estándar a una industria específica en desmedro del resto del país, es lo que sustenta la afectación al principio de igualdad ante la ley. Este argumento intenta ser rebatido tanto por la administración como por el Tribunal Constitucional, al señalar que el DS 80 no se establece respecto de una empresa sino de un estero determinado, cuestión insostenible si constatamos que el 90% de las aguas del estero Carén provienen de las emisiones de Codelco⁴⁹.

Esta discriminación resulta una condición inaceptable para una disposición - norma de emisión- cuyo objetivo es proteger el patrimonio ambiental, siendo además injustificado el criterio utilizado según se pasará a exponer.

3.2 Afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

Esta discusión también presenta dos visiones contrapuestas, derivadas del diverso análisis que se efectúa respecto a la evidencia encontrada en el estero Carén. Por un lado se sostiene que aumentar las concentraciones de molibdeno y sulfatos agravaría el problema ambiental y sanitario existente, mientras que por otro lado se afirma que al relajar los estándares no se observará ningún efecto perjudicial en esta materia.

⁴⁸ GATT de 1994, artículo XX:

A reserva de que no se apliquen las medidas enumerada a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

(b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

(g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales.

⁴⁹ Según indicó la Directora Ejecutiva de CONAMA, doña Ana Lya Uriarte, en la 1ª Sesión de la Comisión Investigadora, de 7 de agosto de 2006

3.2.1 Riesgos o daños medioambientales y sanitarios que pueden provocar el molibdeno y los sulfatos en el estero Carén

Relativo a la infracción del artículo 19 N° 8 -que garantiza el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”-, se señala en el en el recurso de inconstitucionalidad al que se ha hecho mención, que pese a existir indicios de una contaminación histórica del estero Carén por parte de Codelco -situación que se mantiene hasta hoy y que es corroborada por “estudios independientes: Universidad de Chile, CADE-IDEPE, SAG, Seremi de Salud, Sernageomin, etc.”-, se ha perseverado en la dictación de la norma, la cual pretende “legalizar dicha contaminación histórica mediante un acto administrativo”.

En esta parte, resulta conveniente señalar ciertos criterios que se han asentado en la comunidad científica respecto al tratamiento y concentración del molibdeno y sulfato en las aguas. Para ello, nos valdremos de un estudio encargado por la División de Recursos Naturales Renovables de SAG a la Universidad de Chile en 2005⁵⁰, para contrastarlo con los argumentos planteados por la Segpres.

Respecto del sulfato, el informe señala que “normas de este compuesto para aguas de riego fueron consideradas innecesarias según British Columbia”, razonamiento que se argumenta brevemente en el estudio. O sea, según el estudio no parece relevante fijar normas máximas de emisión de sulfatos.

Las mayores disquisiciones son efectuadas respecto del tratamiento del molibdeno, al cual es presentado como “un micronutriente esencial a las plantas, aun cuando su requerimiento fisiológico es relativamente bajo”, siendo su rol “estimular la fijación del nitrógeno y la reducción de nitrato”. Comienza el análisis de manera general respecto a las aguas residuales de la actividad minera, estableciendo que “los suelos regados con aguas claras de relave, incrementaron sus contenidos de molibdeno, sulfato, calcio y conductividad específica. El molibdeno se inmoviliza en los primeros horizontes y una vez que estos se saturan, lixivia hacia los horizontes más profundos. Los sistemas vegetales presentaron selectividad en la absorción de los metales, los cuales se distribuyen dentro del vegetal según el rol que cumplen a nivel fisiológico. Se recomienda no regar especies de la familia Fabacea (alfalfa, habas, porotos verdes) por su significativa afinidad con el molibdeno”.

Ya de manera específica, el estudio advierte respecto de los problemas derivados del riego con aguas de alto contenido de molibdeno. Señala que éste “es absorbido y concentrado por las plantas”, y que “rara vez retrasan el crecimiento (...), pero pueden causar problemas tóxicos a animales rumiantes que se alimentan de estas plantas”, llegando a causar molibdenosis.

⁵⁰ Universidad de Chile, División de Recursos Hídricos y Medio Ambiente del Departamento de Ingeniería Civil; “Criterios de calidad de aguas o efluentes tratados para uso en riego”; 2005.

Para cualquier nivel del mineral, el informe distingue por un lado los suelos orgánicos y con problemas de drenaje, y por otro los altamente drenados: los primeros siempre serán más tóxicos. En virtud de ello, el nivel aceptado por la literatura es de “0,01 mg/L para uso continuado de agua sobre todo tipo de suelo y 0,05 mg/L para uso de corto plazo”, siendo los valores promedio y máximo, respectivamente. No obstante, otros estudios citados en el informe, fijan en 0.03 mg/L el promedio de molibdeno aceptable.

Finalmente, cabe advertir que estos criterios son utilizados respecto del “recipiente”, esto es, aquello que se va a contaminar (que como ya se señaló, debiese ser el objeto a regular por las normas de emisión), y no respecto de la sustancia contaminante, que es el objeto de reglamentación de nuestra normativa, mas de todos modos sirven de criterio orientador en relación a la toxicidad de los minerales.

Un análisis acabado del efecto toxicológico del molibdeno y los sulfatos es efectuado por el profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, señor Andrés Tchemitchin⁵¹.

Como idea general, indica que “las aguas de las napas son absorbidas por las raíces, de las cuales se alimenta el ganado e, indirectamente, las personas. En consecuencia, mediante el consumo de los productos ganaderos, los tóxicos llegan a último término a las personas”. Respecto de estos tóxicos, señala que si el proceso de evacuación de riles no se hace correctamente, “las napas estarán contaminadas por muchos años”, pues los componentes sólidos del relave a la larga se disuelven.

Lo anterior se ve agravado, pues la exposición crónica a los tóxicos no produce efectos inmediatos, pero “va dejando una secuela sobre la salud que se va a manifestar años después, y exposiciones especiales, sobre todo la prenatal, perinatal o infantil temprana, que se produce a niveles muy bajos, pero que dejan secuelas graves en las personas expuestas, que se van a manifestar después de muchos años”; además, estos efectos son acumulativos.

Respecto al molibdeno, describe pormenorizadamente las consecuencias que trae exponerse a él: “cuando el molibdeno se inhala produce enfermedades broncopulmonares y hay sospechas fundadas que es un agente de producción de cáncer broncopulmonar, independiente de la vía como ingrese, ya sea por ingestión o inhalación. Se trata de una sustancia genotóxica y produce mutaciones. Con 10 miligramos por kilo en animales de experimentación produce alteraciones testiculares en las vesículas seminales, epidídimo, próstata y alteraciones en los espermios; disminuye la capacidad de detoxificación de otros compuestos. O sea, una persona que se ha expuesto a otro tóxico no puede

⁵¹ Exposición realizada en la 3ª Sesión de la Comisión Investigadora, de 16 de agosto de 2006.

eliminar ese otro tóxico con la facilidad que debiera si es que, además, está expuesto al molibdeno; produce alteraciones óseas y articulares en dosis mayores, contrae las arterias cerebrales, lo cual sería la explicación del daño neurológico que se produce por la exposición al molibdeno”.

Asimismo, detalla de qué manera los sulfatos afectan la salud humana: “el anhídrido sulfuroso afecta la salud en forma directa en concentraciones un poco más altas. El SO₂ [dióxido de azufre] contribuye a la formación de sulfato de amonio. En zonas agrícolas se usa la urea, la cual produce emisiones de amoniaco, que no es tóxico, pero que al unirse con otro gas como el SO₂, produce partículas finas que al ser inhaladas generan una contracción de todas las arterias de mediano calibre, entre ellas, las coronarias, favoreciendo los infartos al miocardio. Las muertes por problemas cardiovasculares que se producen por la contaminación en Santiago, se deben a las partículas de sulfato. Ahora, si se utiliza agua con mucho sulfato para el riego o para cualquier otro uso, obviamente también se irá generando material particulado”.

Por último -además su acucioso informe epidemiológico- el señor Tchernitchin plantea una cuestión más de fondo respecto del asunto. Analizando la problemática social, sostiene que “al no adoptarse medidas contra la contaminación, el menor costo de producción es financiado por la salud de la población, con lo cual se está hipotecando el desarrollo de las futuras generaciones”.

Por otro lado, cabe señalar que el decreto vulnera -además de las disposiciones señaladas anteriormente- el “derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas”, establecido en el artículo 19 N° 1 de la Constitución. Al respecto, en el en el recurso de inconstitucionalidad tantas veces citado, se afirma que dicha garantía sería transgredida por el DS 80 al afectar y poner “en riesgo la integridad física y psíquica de los habitantes y vecinos de Alhué, quienes no pueden ni beber el agua ni regar sus predios con ella, sin grave riesgo sanitario. No obstante ello, dependen del estero para el desarrollo de sus actividades recreacionales y para la agricultura”.

3.2.2 Contraargumentos

Haciendo frente a los planteamientos relacionados con la toxicidad que produce la emisión de altas concentraciones de molibdeno y sulfatos, la Directora Ejecutiva de CONAMA, doña Ana Lya Uriarte⁵², busca rebatirlos basándose en los estudios que sirvieron de fundamento para la dictación de la norma. Asimismo, afirma que de un inicio se supo que el DS 80 favorecería a la División Codelco El Teniente, y que hubo pleno conocimiento de ello por parte de todos los involucrados en el proceso.

⁵² Exposición realizada en la 1ª Sesión de la Comisión Investigadora, de 7 de agosto de 2006.

Respecto a la conformación del estero, señala que el caudal del Carén “está conformado en un porcentaje aproximado al 90 por ciento -si no un poco superior- por las aguas claras evacuadas por el tranque de relave de Codelco”. Así, “la desviación de las aguas claras del tranque de relave, por ejemplo, al mar, en caso de una inversión de ingeniería importante, pero posible de hacer, implica necesariamente y sin lugar a dudas, según el estudio de la Universidad de Chile⁵³, el término, es decir, la sequía completa del estero Carén. En consecuencia, suprimir el agua de riego para todas las familias que actualmente la utilizan como agua de riego y para sus animales en la zona”.

Continúa la Directora con las conclusiones a que llega el estudio antedicho respecto de los sulfatos y el molibdeno. Indica que “la dosis letal de sulfato en seres humanos es de 45 gramos. Concentraciones de sulfato en agua potable entre 1000 y 2000 miligramos puede causar efectos laxantes sobre la población. Pero, en este caso, estamos hablando de que la consuman directamente, es decir, de que fueran a tomar aguas de la cubeta del tranque de relave”. En cuanto al molibdeno, manifiesta que éste “se considera elemento esencial para el metabolismo y la dosis recomendada es de 0.2 miligramos al día. Estudios científicos indican que consumos superiores a 10 miligramos al día son peligrosos para la salud humana, mientras que valores menores a 1.5 no tienen efectos importantes”.

Finalmente, se refiere a un estudio relativo al impacto económico y social de la norma, efectuado en 2004 por el Centro Nacional de Medio Ambiente (Cenma) de la Universidad de Chile, el cual concluye que “se deben constatar los altos costos económicos para el emisor, en este caso Codelco, y los bajos beneficios para la sociedad de controlar las descargas de sulfato y molibdeno para el tranque de relaves Carén”, por lo que “no se justifica mantener los límites del decreto supremo N° 90”.

3.2.3 Conclusiones respecto de la conciliación de estos dos aspectos

Las distintas visiones sobre este aspecto técnico, no se fundamentan tanto en el grado mayor o menor de toxicidad que se puede alcanzar a través de la exposición al molibdeno o los sulfatos, como si en un asunto de hecho, como es el efectivo contacto que se tenga con estos minerales por parte de la población, la flora o la fauna.

Al no existir por parte del Gobierno la concepción de que las aguas claras se vincularán con el ser humano, no presenta mayor aprensión respecto a que aquellas vayan a provocar un daño. Mas, esta óptica es contradicha por la evidencia científica (Tchemitchin), al afirmarse que a pesar de que no exista una exposición directa a los tóxicos, estos son transmitidos a las plantas y luego a los

⁵³ Estudio denominado “Propuesta para regular las emisiones de riles desde depósitos de relaves”, realizado en 2002 por la Dirección de Recursos Hídricos y Medio Ambiente del Departamento de Ingeniería Civil de la Universidad de Chile.

animales, arribando finalmente al ser humano. Esto conlleva repercusiones que tardaremos años en comprobar y cuyos costos asumirán las futuras generaciones, quienes se contactarán por mayor tiempo a los químicos.

Por último, cabe destacar que la importancia de las aguas claras para la agricultura del sector no está en duda, sino que se busca que sean de calidad. Dada su relevancia y utilización, es que se deben proteger de concentraciones que produzcan efectos tóxicos en las personas, animales o incluso plantas.

4. Criterios orientativos de los órganos de control

En razón de la entidad de las garantías afectadas, es conveniente analizar los criterios utilizados -o que debiesen utilizar- los órganos -Contraloría y Tribunal Constitucional- que en definitiva limitan la potestad regulatoria de la administración, cuando ésta vulnere derechos fundamentales o no respete la normativa que regla su accionar.

4.1 Toma de razón en materia ambiental en relación a la afectación de derechos fundamentales

En relación a la vulneración o no de derechos fundamentales, resulta interesante analizar la función de la Contraloría en su labor -como órgano jurídico preventivo- de control de la legalidad administrativa y en específico de la toma de razón en materia ambiental.

A este respecto, observamos dos corrientes: por un lado la que aboga por una Contraloría que radique su funcionamiento sólo en el análisis de la formalidad de los procedimientos -sustentada por la señora Veloso y el señor Galindo-, y aquella que además busca que exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, esto es, respecto a la valoración del fundamento de la norma. A continuación, se expondrá esta segunda tesis.

El legislador no ha otorgado a la Contraloría facultades especiales para el mejor control de la función administrativa en materia ambiental, sino que su accionar en esta materia se debe enmarcar en las herramientas generales de que está dotada. Ello lo realiza a través de la interpretación jurídica por medio de dictámenes que regulan la labor administrativa, como también por el procedimiento de toma de razón.

La toma de razón ambiental se encuentra definida como “aquel control consistente en el análisis y pronunciamiento previo que efectúa la Contraloría General de la República respecto de la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones con contenido ambiental, emanados de los diversos organismos con competencias ambientales, que en conformidad a la ley deben

someterse a este trámite y, sin el cual, el acto administrativo de que se trate no puede producir los efectos que le son propios”⁵⁴.

En dicho proceso, la Contraloría debe abocarse al control de los aspectos de forma y de fondo, con el fin de velar tanto por los principios de legalidad, juridicidad, coordinación, control, probidad, eficacia, racionalidad, publicidad, eficiencia, subsidiariedad, responsabilidad y transparencia de la administración, como por los derechos fundamentales. Esto adquiere relevancia al constatar que además de la necesidad de seguir una ritualidad y un procedimiento establecido⁵⁵, se deben sopesar los efectos de las normas ambientales en virtud de los principios constitucionales y de aquellos establecidos en la LGBMA. La finalidad encomendada por el legislador también debe ser materia de control de la Contraloría, lo que es un aspecto del respeto al principio de supremacía legal que rige los actos administrativos.

El apego a los principios jurídicos establecidos en materia ambiental, hicieron que la Contraloría -en atención al principio de participación ciudadana- remitiera a la Segpres los antecedentes aportados por un grupo de ecologistas en el marco de la tramitación del DS 22, el que finalmente fue devuelto sin tramitar. Así, la observancia de los principios jurídicos y el cuidado del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁵⁶, ameritan la fijación de pautas adicionales en la toma de razón ambiental.

La toma de razón ambiental “además de ser una función de rango constitucional, exige el respeto de los más altos principios que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en su Carta Fundamental. Ello obliga a prestar especial atención al deber constitucional del Estado de velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza”⁵⁷.

En suma, no es suficiente la adhesión a la normativa procedimental para dar curso a una norma de emisión, sino que se requiere el componente adicional de cumplir con los preceptos de fondo y principios del derecho ambiental, como también con las garantías protegidas constitucionalmente.

⁵⁴ Vargas Delgado, Iris; “Las funciones de la Contraloría General de la República y la fiscalización ambiental. Especial referencia a la toma de razón ambiental” en Seminario “Rol de los organismos fiscalizadores en materias ambientales”; 2005.

⁵⁵ En el caso de las normas de emisión, el reglamento contenido en el DS 93/95 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

⁵⁶ Constitución Política de la República, artículo 19 N° 8:

La Constitución asegura a todas las personas:

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

⁵⁷ Vargas Delgado, Iris; “Las funciones de la Contraloría General de la República y la fiscalización ambiental. Especial referencia a la toma de razón ambiental” en Seminario “Rol de los organismos fiscalizadores en materias ambientales”; 2005.

4.2 Criterios del Tribunal Constitucional respecto de normativa administrativa que vulnere derechos fundamentales

A pesar de haberse desestimado el requerimiento interpuesto, es conveniente revisar los criterios que el Tribunal Constitucional -a través de sus sentencias- ha establecido respecto del tratamiento de este tipo de cuestiones, pues ello nos ilustra acerca de la manera en que dicha entidad aborda esta clase de conflictos.

En primer término, el tribunal⁵⁸ ha sido claro en determinar que “la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 y 88 [actuales 98 y 99] de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina, una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales”. De este modo, la “atribución de conocer los reclamos que otorga la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional en el caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, no puede quedar subordinada a que la Contraloría General de la República curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 [93] de la Constitución Política se desprende en forma inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional sobre esta materia”.

Asimismo, se encuentran asentados dos conceptos que enmarcan el accionar de dicho tribunal, en relación a su conocimiento de recursos contra disposiciones administrativas. Por un lado “el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control”⁵⁹, lo que importa un respeto por la institucionalidad imperante, en orden a no interferir en las decisiones que de manera discrecional y dentro de sus atribuciones, pueda adoptar la autoridad política de turno; de no ser así, el tribunal sustituiría la voluntad de las autoridades respectivas.

Por otro lado, y relacionado con lo anterior, respecto de las disposiciones administrativas, el tribunal “sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. (...) Tanto el legislador como el administrador se encuentran sujetos al marco que fija la propia Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley o el acto administrativo, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales”⁶⁰⁶¹.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, “Requerimiento Viviendas Progresivas”, causa rol 116-1990, Considerandos 3º y 6º, citada por el profesor Luis Cordero Vega en “Derecho Administrativo y Tribunal Constitucional” (Apunte), 2ª versión, Primer semestre 2007.

⁵⁹ Ídem. “Requerimiento Píldora del Día Después I”, causa rol 591-2007, Considerando 9º.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Estos criterios del Tribunal Constitucional se encuentran también en las sentencias de las causas roles 231-1996, 252-1997, 254-1997.

De este modo, el tribunal logra adecuar su accionar al mandato constitucional, respetando las potestades de los órganos del Estado, pero sin dejar de proteger los preceptos de la Constitución.

5. A modo de conclusión: interrogantes generadas por la dictación de este decreto

Tras el marco ya descrito, la discusión queda abierta. La afectación o no de bienes jurídicos, la entidad de la afectación, la vulneración o no de los principios de igualdad⁶² y no discriminación⁶³, son cuestiones que se siguen debatiendo. Asimismo, el presente caso refleja el valor social que asignamos a aquellos⁶⁴, y en definitiva de qué modo logramos mantenerlos en equilibrio.

A su vez, un tema no resuelto es la relación que debe existir entre la protección ambiental y la competitividad de la industria, cuestiones que tradicionalmente se han visto como antagónicas, pero que deben ser conciliadas en miras al desarrollo sustentable⁶⁵. El caso del DS 80 -y la afectación de los mentados bienes jurídicos-, demuestra de qué modo la protección del medioambiente y la libre competencia pueden ir de la mano en miras a un desarrollo de país de tipo sustentable, toda vez que situaciones de privilegio como la descrita, redundan en padecimientos ambientales.

Según esto último, resulta interesante el debate relativo a la manera más eficiente de utilizar los mecanismos establecidos en nuestra legislación para prevenir y revertir situaciones como las que aquí se presentan, como también las vías que en el ámbito comparado se han ideado al respecto. Entre las anteriores herramientas resaltan el plan de descontaminación impulsado por el DS 185⁶⁶, los planes de prevención y descontaminación establecidos en el artículo 47 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, los permisos de emisión transables, los acuerdos de producción limpia⁶⁷, entre otros.

Otro aspecto interesante, es la legitimidad del Estado regulador para establecer normas en beneficio directo de empresas de su propiedad, las cuales podrían ir en desmedro tanto del medioambiente como de la competencia, incumpliendo además el mandato constitucional de velar por el bien común⁶⁸.

⁶² Constitución Política de la República, artículo 1 inciso 1º; artículo 19 Nº 2.

⁶³ GATT de 1994, artículo XX.

⁶⁴ Araya Bermúdez, Mario; "Manejo sustentable de recursos" en Seminario Una cultura minera para Chile; Escuela de Periodismo, USACH; 1997.

⁶⁵ Solari, Jaime y De Andraca, Roberto; "Desarrollo sustentable y competitividad en la minería", en Chile exporta minería; Editec Ltda.; 1993.

⁶⁶ Matus, Patricia y otros; "La minería y su impacto ambiental", en Seminario Una cultura minera para Chile; Escuela de Periodismo, USACH; 1997.

⁶⁷ Astorga Jorquera, Eduardo; "Derecho ambiental chileno: parte general"; LexisNexis; 2006.

⁶⁸ Constitución Política de la República, artículo 1 inciso 4º.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los

Finalmente, es necesario aclarar que para la consecución de propuestas armónicas en su conjunto -que se logren identificar con una forma de política ambiental definida-, resulta fundamental esclarecer a qué tipo de enfoque de la cuestión ambiental responden dichos mecanismos. Se debe tener presente la existencia de aquellos más prohibicionistas, los afines a movimientos ecologistas o los que razonan la cuestión ambiental a través de una estrategia de desarrollo⁶⁹. Tras de la dilucidación de este asunto, se logrará estructurar una lógica, una forma de entender el problema ambiental, que responda a principios claros y no a una “superproducción” de normas que se superponen y que permiten la existencia de contradicciones, como la denunciada entre el DS 80, la normativa ambiental, y en definitiva los derechos fundamentales amparados por nuestra Constitución.

6. Bibliografía

ALBURQUENQUE TRONCOSO, Winston; “Responsabilidad por pasivos ambientales mineros y los planes de cierre de minas” en Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. V, N° 1; 2003.

ARAYA BERMÚDEZ, Mario; “Manejo sustentable de recursos” en Seminario Una cultura minera para Chile; Escuela de Periodismo, USACH; 1997.

ASTORGA JORQUERA, Eduardo; “Derecho ambiental chileno: parte general”; LexisNexis; 2006.

ASTORGA JORQUERA, Eduardo; “Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental aplicado a la actividad minera chilena”; Memoria, Universidad de Alicante; 1998.

BRITO DOERR, Paulina y NAVARRO MORALES, Solange; “El derecho ambiental y su aplicación en la actividad minera”; Memoria, Universidad Central; 2002.

CODELCO; Informe Sustentable, N° 6; 2001.

Comisión investigadora sobre eventuales irregularidades cometidas por Codelco-Chile con motivo del derrame de relaves en los esteros Carén y Alhué, y la tramitación del Decreto N° 80, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia ante la Contraloría General de la República; Cámara de Diputados; Actas de las sesiones 1ª, 3ª, 4ª y 5ª; 2006.

integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

⁶⁹ Tomic, Tonci y Toledo, Fernando; “Modernización, desarrollo y medio ambiente” en Chile en los noventa; Dolmen Ediciones S.A.; 1998.

CORDERO VEGA, Luis; Derecho Administrativo y Tribunal Constitucional (Apunte); 2ª versión, Primer semestre 2007.

FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro; "Manual de derecho ambiental chileno"; Editorial Jurídica de Chile; 2004.

FUENTES OLIVARES, Flavio; "Manual de derecho ambiental"; Editorial Libromar; 1999.

FUENTES OLIVARES, Flavio; "Responsabilidad ambiental de la actividad minera" en Revista de derecho administrativo económico, Vol. 5, Nº 1; 2003.

MATUS, Patricia y otros; "La minería y su impacto ambiental", en Seminario Una cultura minera para Chile; Escuela de Periodismo, USACH; 1997.

PALMA TORRES, Mario; "Legislación ambiental: índice alfabético temático, textos legales anotados, concordados con jurisprudencia administrativa y judicial"; LexisNexis; 1999.

PIGRETTI, Eduardo A.; "Derecho ambiental profundizado"; La Ley; 2003.

Servicio Agrícola Ganadero, Oficina Melipilla; "Informe sobre emergencia ambiental. Derrame de relave Embalse Carén comuna de Alhué. Codelco-División El Teniente", elaborado por el inspector del SAG, Ingeniero Agrónomo Juan Machuca L.

SOLARI, Jaime y DE ANDRACA, Roberto; "Desarrollo sustentable y competitividad en la minería", en Chile exporta minería; Editec Ltda.; 1993.

TOMIC, Tonci y TOLEDO, Fernando; "Modernización, desarrollo y medio ambiente" en Chile en los noventa; Dolmen Ediciones S.A.; 1998.

Universidad de Chile, División de Recursos Hídricos y Medio Ambiente del Departamento de Ingeniería Civil; "Criterios de calidad de aguas o efluentes tratados para uso en riego"; 2005.

Universidad de Chile, División de Recursos Hídricos y Medio Ambiente del Departamento de Ingeniería Civil; "Propuesta para regular las emisiones de riles desde depósitos de relaves", 2002.

VARGAS DELGADO, Iris; "Las funciones de la Contraloría General de la República y la fiscalización ambiental. Especial referencia a la toma de razón ambiental" en Seminario "Rol de los organismos fiscalizadores en materias ambientales"; 2005.

VILLARZÚ, Juan y otros; "Minería y sustentabilidad ambiental de la región minera" en Revista Ambiente y Desarrollo, Vol. XVIII, Nº 2-3-4; 2002.

Normativa:

Constitución Política de la República

Decreto Supremo N° 80 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia

Decreto Supremo N° 90 de 2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia

GATT de 1994

Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300)

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575)

Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (Ley 10.336, fija su texto el Decreto N° 2421 de 1964 del Ministerio de Hacienda)

Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión, establecido en el Decreto Supremo N° 93 de 1995

Links de interés:

www.codelco.com

www.conama.cl

www.segpres.cl

www.contraloria.cl

www.tribunalconstitucional.cl

www.mineriaglobal.cl

www.sinia.cl (Sistema Nacional de Información Ambiental)

www.lanacion.cl

www.economiaynegocios.cl

www.elmostrador.cl

www.iepe.org/econoticias