

LA DEFENSA POR FERNANDO DOUGNAC DEL LAGO CHUNGARÁ Y SUS BOFEDALES DEPENDIENTES. UN HITO EN LOS 40 AÑOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL CHILENA

The defense by Fernando Dougnac of the Chungará Lake and its dependent wetlands. A milestone in the 40 years of Chilean environmental constitutional case law

Verónica Delgado Schneider

Abogada. Doctora en Derecho, Università Tor Vergata
Profesora de Derecho Ambiental y Aguas, Universidad de Concepción
Directora del Programa de Derecho, Ambiente y Cambio Climático
de la Universidad de Concepción

RESUMEN: En este trabajo de homenaje exponemos críticamente el célebre caso del lago Chungará (1985), describiendo el aporte de Fernando Dougnac al desarrollo jurídico ambiental chileno. Destacamos esta decisión judicial como aquel que mejor representa los vaivenes de la jurisprudencia chilena en torno a la interpretación de nuestras normas ambientales constitucionales, al punto de afirmar que el triunfo que tuvo Fernando Dougnac en 1985, no lo habría tenido en épocas posteriores, dada las restrictivas interpretaciones que fueron adoptando los tribunales chilenos. Lo destacable y paradójico es que este fallo es un caso importante de lo que hoy se podría invocar también como derechos de la naturaleza, específicamente del lago Chungará o su protección ecológica. Para entender su contexto, resulta pertinente resumir las normas ambientales de la Constitución de 1980. Luego, presentamos un resumen del caso Chungará, identificando finalmente, sus aciertos más importantes y nuestra jurisprudencia pasada y reciente.

PALABRAS CLAVE: caso lago Chungará, Corte Suprema, evolución jurisprudencial, Fernando Dougnac, interpretación ecosistémica, jurisprudencia chilena, protección ecológica.

ABSTRACT: In this tribute-work we critically expose the famous Lake Chungará case (1985), describing the contribution of Fernando Dougnac to the

Chilean environmental legal development. We highlight this ruling, as the one that best represents the ups and downs of Chilean case law regarding the interpretation of our constitutional environmental regulations, until the point of asserting that the victory that Dougnac had in 1985, he would not have had in later times, given the restrictive interpretations that the Chilean courts were adopting. What is remarkable –and also paradoxical– is that this ruling is an important case of what today could also be invoked as nature’s rights, specifically for Lake Chungará or its “ecological” protection. To understand its context, it is pertinent to summarize the environmental regulations of the 1980’s Constitution. Then, we present a summary of the Lake Chungará case, and finally identify its most important successes and our past and recent Jurisprudence.

KEYWORDS: case law evolution, Chilean case law, Chilean Supreme Court, ecological protection, ecosystemic legal interpretation, Fernando Dougnac, Chungará Lake case.

INTRODUCCIÓN

Si hay algo que caracterizó a Fernando Dougnac fue la búsqueda permanente de mejoras al derecho chileno, especialmente del derecho ambiental, sin perjuicio de sus innumerables aportes al derecho de aguas. Y esta búsqueda la ejercía desde una óptica doblemente interesante: por una parte, como un avezado abogado litigante, conocedor de los problemas prácticos que se originaban por la interpretación de las normas ambientales de la Constitución de 1980, y luego con la Ley N.º 19.300 y, por la otra, como un gran estudioso de los estándares internacionales relacionados a la protección ambiental.

En su vida lideró varios casos emblemáticos y en cada uno de ellos se pueden identificar novedosas y anticipadas interpretaciones del derecho vigente, puntillosas críticas y, por cierto, alusiones al derecho internacional que debía respetarse. Hoy dedicaré estas líneas en su honor, al caso del lago Chungará, donde espero describir el aporte de Fernando Dougnac. Como profesora de derecho ambiental, este fallo constituye –a mi juicio– el que mejor representa los vaivenes de la jurisprudencia chilena en torno a la interpretación de nuestras normas ambientales constitucionales; al punto de afirmar que el triunfo que tuvo Fernando

Dougnac, en el año 1985, no lo habría tenido en épocas posteriores, dadas las restrictivas interpretaciones que se fueron adoptando en los Tribunales. Y posiblemente habría triunfado en el último tiempo, pues especialmente la Corte Suprema ha recuperado gran parte de la visión acertada que en ese fallo se tuvo y que, seguramente, se inspiró en la lucidez de lo alegado por nuestro homenajeado. Lo paradójico es que este fallo es un caso importante de lo que hoy también se podría invocar como derechos de la naturaleza, específicamente del lago Chungará o su protección ecológica, categoría y enfoque que integró la propuesta rechazada de Nueva Constitución para Chile, en el pasado plebiscito del 4 de septiembre de 2022.

De manera previa, resulta pertinente resumir las normas ambientales de la Constitución de 1980. Luego, presentaré un resumen del caso Chungará, identificando finalmente, sus aciertos más importantes y nuestra jurisprudencia pasada y reciente.

1. LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y EL AMBIENTE: UNA VISIÓN QUE DESCONOCE LA NATURALEZA COLECTIVA DE LAS CUESTIONES AMBIENTALES¹

A continuación, presentaré las principales normas ambientales de la Constitución de 1980, considerando como tales el tradicional análisis del derecho, deberes y acción de protección, así como las limitaciones o restricciones a derechos o libertades que se pueden imponer por razones ambientales, en el orden constitucional. No abordaré otras temáticas ambientales como el régimen de propiedad de los recursos naturales, la descentralización, el valor de los tratados internacionales, los derechos de los pueblos indígenas, impuestos, entre otras materias, por no ser el objeto central del trabajo.

1.1. Derecho, deberes y acción

El artículo 19 N.º 8 inciso primero de la Constitución consagra un derecho fundamental ambiental de todas las personas, con deberes de

¹ Exposición más pormenorizada en DELGADO Y HERVÉ (2021), pp. 173-180.

protección estatal: “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”.

Para la defensa de este derecho, existe una acción constitucional, el recurso de protección, que se ejerce para exigir que se respete y así se ordene el restablecimiento del imperio del derecho. Sin embargo, su ejercicio tiene varias limitaciones, si se le compara con otras garantías como la propiedad o la libertad de empresa, destacando que solo se pueda ejercer contra actos u omisiones ilegales, y no cuando ellos son solo arbitrarios, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución. Esto constituye un serio problema, pues se trata de un sector con pocas normas y bastantes facultades discrecionales. Hace referencia solo al afectado, sin utilizar la fórmula de protección general del recurso basado en amenaza, privación o perturbación, lo que dio lugar a que se pusiera en duda por algunos si procedía ante amenazas. Esto representaba la interpretación más restrictiva posible de una norma ambiental, que de por sí pertenece a una disciplina donde el principio preventivo es su pilar fundamental.

Es importante advertir, además, que la reforma del año 2005 incluyó, al menos para la acción de protección ambiental, la posibilidad de recurrir contra omisiones, pues en el texto original solo se consideraron las acciones, justamente para evitar que se emplazara a un Estado que de la temática ambiental poco sabía a la época. Y ello ha sido positivo, especialmente en aquellos casos en que el Estado no ha realizado lo que debía y no se ha coordinado para ello entre las varias autoridades competentes, como en el vertimiento de salmones en Chiloé² y las intoxicaciones en Quintero y Puchuncaví³.

² Corte Suprema, causa Rol N.º 34.594-2017, caratulada “Julio Cárdenas en representación de Sindicato de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales, Buzos mariscadores, ayudantes y ramos similares de Bahía Cualín contra SERNAPESCA y otros”, de fecha 22 de mayo de 2018. Véase el comentario de jurisprudencia a esta sentencia en moraga, delgado y farías (2018).

³ Corte Suprema, causa Rol N.º 5888-2019, caratulada “Francisco Chahuán contra

Por otra parte, en relación con los deberes, es evidente que la fórmula constitucional es igualmente incompleta: el deber de protección alcanza solo al Estado y no a todas las personas, naturales y jurídicas, como si no debiéramos todos tributar al desarrollo sostenible. Además, el deber se limita solo a la preservación de la naturaleza, sin incluir otros elementos del ambiente, como el sociocultural. Tampoco se imprime claramente su fundamento o finalidad –la referencia del por qué o para qué, respectivamente–, cuestión que le darían mayor amplitud, como de desafío colectivo o común a enfrentar, así como la fuerza necesaria para imponerse como derecho o deber reconocido a nivel constitucional, ante la oposición a otros derechos individuales, como se verá.

1.2. Restricciones a otros derechos y limitaciones al derecho de propiedad por razones ambientales

La cláusula que permite resolver la tensión entre otros derechos fundamentales y el derecho al medio ambiente se encuentra en el artículo 19 N.º 8, inciso segundo: “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Se trata de los derechos a adquirir toda clase de bienes, la libertad de empresa y el derecho de propiedad. La tensión aludida también se aborda al establecer un límite interno al contenido de la propiedad privada, esto es, la función social de la propiedad, incluyendo expresamente la conservación del patrimonio ambiental. El artículo 19 N.º 24, inciso segundo dice:

“Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

Empresa Nacional de Petróleos, ENAP S.A.”, de fecha 28 de mayo de 2019.

Pero estas limitaciones comprenden un límite importante al legislador, ya que no podrán “afectar estos derechos en su esencia” (art. 19 N.º 26). Y si se revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de otros tribunales sobre la cuestión, los casos ambientales de la función social son pocos y los criterios nada claros⁴.

2. ¿QUÉ SE PROTEGIÓ EN EL CASO CHUNGARÁ?

2.1. El lago Chungará y el Parque Nacional Lauca

El lago Chungará forma parte del Parque Nacional del Lauca, junto con las lagunas del Cotacotani y las ciénagas del Parinacota. Además, el lago Chungará mismo fue declarado por la UNESCO en 1981, a petición de Chile, reserva mundial de la biosfera (ROMÁN, 2014), por contener o sostener especies únicas, algunas en peligro de extinción, y también por la característica de gran belleza que presenta este conjunto de lagos y volcanes. Sus aguas son extremadamente salinas, dando sustento a una rica biodiversidad y la vida de varias lagunas y bofedales (UNESCO, 2020).

2.2. Las partes

Fernando Dougnac presentó, por *fax*, un recurso de protección en la Corte de Apelaciones de Arica, contra el director de Riego de la Primera Región y otras autoridades, en representación de Humberto Palza Corvacho, agricultor y regante de un predio ubicado en la región de Putre, aguas arriba del valle de Azapa, y que forma parte de la Cooperativa Juan Noé, y otros vecinos, quienes extraían para el regadío aguas de pozos que se surten de filtraciones del subsuelo provenientes del conjunto lacustre de la zona⁵.

⁴ Sobre los casos presentados ante el Tribunal Constitucional, véase el análisis de GUZMÁN (2012, pp. 72-76). Por su parte, para conocer de los análisis sobre las problemáticas asociadas al derecho de propiedad y sus limitaciones, estimo imprescindible revisar los trabajos de GUILOFF (2016, 2018a, 2018b); GUILOFF y MOYA (2020); GUILOFF y SALGADO (2020).

⁵ Corte Suprema, causa Rol N°19.824, caratulada “Palza Corvacho, Humberto con director

Se solicitó no continuar con el trasvase, mediante bombeo, de aguas desde el lago Chungará hasta el valle de Azapa, para vaciarlas en las lagunas del Cotacotani, distantes unos 4 kilómetros de aquel. El bombeo proyectado por la autoridad contempló como objeto, primero, aumentar la capacidad de riego en el valle de Azapa y, segundo, la generación de energía hidroeléctrica en la central Chapiquiña, situada aguas abajo. Tal como señala el considerando octavo de la sentencia, las aguas de estas lagunas se vacían a unos 30 metros más bajo en las ciénagas del Parinacota, fuente a su vez del río Lauca y del canal de ese nombre que conduce sus aguas hasta la Central Hidroeléctrica de Chapiquiña, derramándolas después en una quebrada del San José, el río del valle de Azapa.

Para estos propósitos, como resumen de hecho el considerando séptimo, se había ya dispuesto de una reserva de agua a favor del fisco y una petición ante la Dirección General de Aguas para una concesión de derechos de aprovechamiento con el carácter de consuntivos, permanentes y continuos para extraer del Chungará 8 millones de metros cúbicos anuales. Y se instaló una estación de bombeo en un punto de la ribera del lago Chungará con el propósito de extraerle este “apreciable caudal de agua anualmente”. De hecho, la extracción de aguas ya se había empezado a ejecutar.

2.3. Garantías en las cuales se funda el recurso

Pese a que la extracción de aguas ya se había empezado a ejecutar, la acción se fundó en la amenaza a dos derechos: al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contenido en el numeral 8 del artículo 19, y al derecho de propiedad de los regantes de la zona, liderados por Palza Corvacho, según lo dispuesto en el numeral 24 del mismo artículo 19.

de Riego de la Primera Región y otros”, de fecha 19 de diciembre de 1985. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXXII (1985), N°. 3, Sec. V, pp. 261-274, considerando segundo.

2.4. Se acoge el recurso de protección

Se alegó que existían dos amenazas y la Corte Suprema finalmente así mismo lo declaró: la primera, que la conducción de las aguas del lago Chungará a las del río San José, produciría un deterioro en la calidad de las aguas, debido al aumento de la salinidad, que disminuiría la capacidad agrícola de las tierras de los agricultores de la zona, amenazando dominio, uso y goce de sus derechos de agua y tierras por la contaminación de sus aguas subterráneas provenientes de filtraciones de las lagunas del Cotacotani y de las ciénagas del Parinacota, convirtiéndolas en no aptas para todo riego agrícola⁶ ni para bebida⁷, debido a la mezcla con aguas extraídas del lago Chungará, de mayor salinidad. Y la segunda, que es la que más interesa a este análisis, que existiría la amenaza de alterar el equilibrio ecológico del lago⁸.

De esta manera, y confirmando la sentencia de primera instancia que había suspendido temporalmente la extracción de aguas del Chungará, la Corte Suprema resuelve en 1985⁹ que la suspensión, “subsistirá mientras se mantenga a ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca, mientras no se le excluya del listado de la UNESCO de ser reserva de la biosfera, inclusión que se obtuvo por petición del gobierno chileno y entretanto no se tome una decisión gubernamental mediante los mecanismos admitidos por la ley”¹⁰. Es decir, y como se verá con detención, la voluntad política internacional de Chile pesó en la decisión.

De esta resolución y de los fundamentos del fallo que ahora revisaré, resulta evidente que el tribunal protegió al lago y sus ecosistemas, por la

⁶ Acreditado con un estudio de la Universidad de Tarapacá, relativo a la composición química del agua de ese lago y su comparación con las del Cotacotani y ciénaga del Parinacota.

⁷ Considerando quinto.

⁸ Corte Suprema, “Palza Corvacho, Humberto con director de Riego de la Primera Región y otros”, 19 de diciembre de 1985, redactada por el ministro Sr. Osvaldo Erbetta Vaccaro pronunciada por los ministros Sres. Luis Maldonado B., Octavio Ramírez M., Osvaldo Erbetta Y., Hernán Cereceda B., y Enrique Zurita C.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem, parte resolutive.

importancia *per se* que tienen, más allá del tema de la protección de los regantes de la zona, constituyendo así una de las primeras decisiones ecológicas y con enfoque ecosistémico de nuestro máximo Tribunal. De hecho, así argumenta:

“un postulado de la Ecología es entregar a las generaciones futuras un mundo por lo menos igual si no mejorado del recibido de generaciones poco preocupadas de la naturaleza, lo que motivó la Declaración de Estocolmo (del año 1972), celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas”, en que “todas las naciones acordaron hacer las paces con la naturaleza”, pues “hasta ese momento todo desarrollo se hacía a costa de destruirla, y es así como bosques, lagos, ríos y mares se han convertido en desiertos o porciones putrefactas de aguas, incapaces de sustentar la vida en su seno” (considerando 12).

3. LOS ACIERTOS DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

La sentencia de la Corte Suprema, en este caso, es uno de los fallos más importantes del derecho constitucional ambiental chileno. Generalmente se destaca de manera positiva que dio un amplio concepto de las expresiones utilizadas por la Constitución (medio ambiente, patrimonio ambiental y preservación de la naturaleza), pero por otra parte también se critica pues simplemente las asimiló (VALENZUELA, 1990). En este trabajo, me quiero detener, más bien, en la visión ecológica y ecosistémica de la sentencia y otras cuestiones relevantes.

3.1. La visión ecológica y ecosistémica prima por sobre la antropocéntrica

En efecto, cuando la Corte Suprema acoge el recurso de protección, si bien asimiló las expresiones constitucionales medio ambiente, patrimonio ambiental y preservación de la naturaleza, las dotó de un contenido amplio y ecológico, más que antropocéntrico. Señaló textualmente:

“El ‘medio ambiente’, el ‘patrimonio ambiental’, la ‘preservación de la naturaleza’ de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, es todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a

la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven. El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida” (considerando 10).

Entrega una de las más aplaudidas definiciones jurisprudenciales de medio ambiente, que fue repetida una y otra vez en posteriores fallos¹¹, aunque luego decayó en su uso, una vez que la Ley N.°19.300 estableció nuevas definiciones para todos los efectos legales. En esta definición contemplada en la sentencia, la Corte junto con mencionar varios de los elementos que conforman la naturaleza, como atmósfera, tierra, aguas, flora y fauna, señala que ella tiene sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven, y si se sufre contaminación o una alteración perjudicial, se afectará la vida en general y no solo la humana.

Por otro lado, si bien la Corte reconoce que hay un conflicto entre la protección de este equilibrio natural y “los beneficios que traería consigo el aumento del caudal de riego para numerosos propietarios agrícolas del valle de Azapa y por el aumento del potencial eléctrico de la Central Chapiquiña” resulta “primordial y de mayor relevancia la defensa del medio ambiente que se promueve en el recurso de protección...” (considerando 7). Es decir, frente a un conflicto entre privados, y entre privados y el ambiente, se resolvió a favor del equilibrio del ecosistema existente, que dependía justamente del volumen de las aguas del lago.

Se explica en la sentencia que, si bien la extracción de 8 millones de metros cúbicos al año respetaría cierta cota mínima respecto del nivel del mar, se acreditó que ocasionaría un descenso de las aguas del lago en 5 metros, de una profundidad máxima de solo de 32 metros:

“dejando así en seco una playa de 400 hectáreas (el 20% de las 2 mil hectáreas que tiene el lago) hoy bajo aguas poco profundas que permiten el desarrollo de plantas acuáticas y crustáceos que sirven de alimento a valiosas especies de aves cuyo hábitat es el lago, algunas únicas en el mundo, y que al disminuir su espejo de agua en un 20% disminuirá la

¹¹ Para un completo análisis sobre el particular, ver VALENZUELA (1990).

evaporación natural cuya humedad permite el crecimiento y desarrollo de bofedales de los que se alimentan especies valiosísimas de la fauna típica del altiplano... Todo esto afectará el medio ambiente regido por el sistema lacustre natural existente en esa zona” (considerando octavo)¹².

Se agrega, en el considerando undécimo, que

“el lago Chungará experimentará inexorablemente un descenso de su nivel que afectará su estabilidad hidrológica como también su equilibrio ecológico [...]; muchas de las aves acuáticas se verán obligadas a emigrar; la superficie se reducirá enormemente, dejando al descubierto gran parte de la actual plataforma lacustre (...) cuya flora morirá y será arrastrada por las lluvias hasta el resto del lago”.

El fallo, por cierto, también se refiere al perjuicio que puede existir para la población en el considerando undécimo, pero resulta “primordial y de mayor relevancia la defensa del medio ambiente”. En efecto, se reconoce que “las aguas del Chungará no son aptas para el riego ni la bebida y que al mezclarlas con las del Cotacotani desmejorarán y contaminarán las aguas de riego del terreno del señor Palza y sus vecinos”. E inclusive se afirma en el mismo considerando, que:

“la disminución del espejo de las aguas del Chungará, que es de 19 kilómetros cuadrados, y el retiro de sus aguas de la ribera ocasionarán la muerte de la flora y fauna acuáticas que se desarrollan bajo aguas de poca profundidad, todo lo cual entrará en descomposición, infectando y contaminando el restante de aguas de ese lago al ser arrastradas por las lluvias (principalmente fojas 1 de ese Estudio), lo que “comprometerá seriamente un sistema altiplánico regulado en forma natural y podría provocar consecuencias negativas en, la agricultura del valle de Azapa, como asimismo en las aguas para consumo humano de la ciudad de Arica”.

¹² Señaló el considerando decimosegundo de la sentencia que “[r]ecordemos también que el director de Riego ha aceptado que la extracción de aguas reducirá el espejo actual del lago en un 20% y que rebajará su profundidad en 5 metros, quedando en seco unas 400 hectáreas (el 20% de las 2.000 hectáreas que tiene el Chungará)”.

3.2. Las hipótesis abarcan casos en que no necesariamente existe contaminación

De los párrafos anotados es evidente que, para la Corte Suprema, la garantía constitucional del artículo 19 N.º 8 abarca no solo hipótesis de contaminación en sentido estricto. De hecho, el considerando décimo, donde se contiene la definición de medio ambiente, termina señalando: “El medio ambiente se afecta si se contamina o si se altera de modo perjudicial para el mejor desarrollo de la vida”. Es decir, la protección alcanza –y lo destaco– aquellos casos de deterioro de un ecosistema más allá de la existencia o no de contaminación, como exige expresamente la norma constitucional.

3.3. La responsabilidad de Chile en la correcta aplicación de los Convenios Internacionales que suscribe

Además, en este fallo, se da una correcta aplicación de instrumentos jurídicos internacionales, especialmente aquellos que regulan a los parques nacionales y las reservas de la biósfera, cuestión que durante muchos años han sido y siguen siendo denunciadas por incumplidas en varias zonas del país. En función de ello, se acudió a una concepción moderna de la responsabilidad del Estado de Chile ante sus compromisos internacionales y se aludió expresamente a lo que llamaré el beneficio o disfrute ambiental del pueblo chileno y las generaciones que vendrán. Así, en primer lugar, la propia sentencia razona que:

“se ha dado la autoridad de ley de la República a la Convención Internacional para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América. Esta Convención y por tanto la ley chilena hacen diversos distingos o clasificaciones de lugares protegidos entre los que se encuentran los Parques Nacionales, que son regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y la flora y fauna de importancia nacional puestas bajo vigilancia oficial para que el pueblo pueda disfrutar mejor de ellas. Las riquezas existentes en los Parques Nacionales no podrán explotarse con fines comerciales”.

Asimismo, explica en su considerando décimo tercero que:

“En este caso, es cierto, la instalación de una estación de bombeo y la extracción que se ha hecho y que se propone continuar no tiene por fin primordial una explotación comercial pues su finalidad es proveer de más agua a la agricultura de Azapa (fojas 22 y 23) y de más agua a la central hidroeléctrica de Chapiquiña, pero es evidente, también, que ello se traducirá en una fuente de entradas fiscales como se expresa en el artículo de prensa que se compulsó a fojas 56 (...) se produciría una destrucción en cadena de algas y aves acuáticas y disminuirían los bofedales que lo circundan, en que se sustenta la fauna tan especial de esa zona”.

Por último, el razonamiento de la sentencia recuerda que el lago Chungará forma parte del Parque Nacional del Lauca, junto con las lagunas del Cotacotani, y las ciénagas del Parinacota, por lo que todo ese sistema está protegido por la ley. Asimismo, el propio lago Chungará fue declarado por la UNESCO como reserva mundial de la biosfera, a petición de Chile, por contener o sostener especies únicas, algunas en peligro de extinción, y también por su característica de gran belleza que presenta este conjunto de lagos y volcanes. Termina sosteniendo que este bombeo hecho a un lago situado en un Parque Nacional y declarado Reserva de la Biosfera vulnera diversos acuerdos y convenciones internacionales y la legislación nacional.

En segundo lugar, el considerando décimo cuarto señala:

“se dispuso hacer cumplir como ley de la República la Convención aprobada sobre Protección del Patrimonio Mundial, cultural y natural, suscrita en UNESCO en noviembre de 1972, considerándose como patrimonio mundial: los monumentos de la naturaleza, las formaciones geológicas y las zonas que sirvan de hábitat de especies de animales y vegetales amenazadas que tengan valor universal y los lugares que desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de las bellezas naturales, sean interesantes, declarándose que incumbe a los Estados indicar y delimitar esos puntos o zonas, patrimonio que debe conservarse, protegerse y transmitirse a las generaciones futuras, tomando las medidas jurídicas, científicas y técnicas para la defensa del patrimonio natural de valor universal, terrenos o zonas que serán inscritos en la

Lista que confeccionará el Comité sobre el Patrimonio Mundial, con el consentimiento del Estado interesado (...) Pues bien, a petición de Chile, se declaró al lago Chungará como reserva de la biosfera”.

En el considerando décimo sexto, se alude a la responsabilidad de Chile frente a los Tratados que suscribe:

“Que todo lo anterior –la existencia de los Convenios Internacionales aludidos, en los que se ha acordado proteger la naturaleza y no destruirla, preservar la fauna y la flora silvestre de interés nacional o mundial, y la inclusión del lago Chungará en un Parque Nacional y en el listado de la UNESCO como reserva mundial de la biosfera, Convenciones y Acuerdos que requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional, y, por otro lado, la existencia de nuestra propia legislación que contiene incluso preceptos constitucionales que ordenan al Estado el deber de velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza– y los estudios y antecedentes agregados a la causa, estaban y están demostrando la urgente necesidad de disponer la paralización, por ahora, de toda extracción de aguas del Chungará mientras forme parte del Parque Nacional Lauca y subsista sin limitaciones su inclusión como reserva mundial de la biosfera; la autoridad suprema, encargada del gobierno y de la administración del Estado, obviamente tendrá que considerar, a la luz de nuevos estudios, cuánto podría afectar la extracción de aguas de ese lago al medio ambiente natural existente en la zona, al sistema ecológico imperante y sopesar las transformaciones que podría sufrir el lago, el segundo más alto del mundo, que, en su estado natural, aún no muy hollado por el hombre, es un imponente y bello monumento de la naturaleza”.

3.4. La responsabilidad de Chile en la correcta aplicación de su normativa interna

Por otra parte, en cuanto a la materialización de los compromisos internacionales voluntariamente asumidos por el Estado, se señala respecto a la regulación nacional en su considerando décimo quinto, que:

“Que la Ley 18.362 de 1984, instituyó el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado y entre sus finalidades de protección

señala en su artículo 1º a) mantener áreas de carácter único o representativas de la diversidad de ecología natural del país o lugares con comunidades animales o vegetales, paisajes o formaciones geológicas naturales, a fin de posibilitar la educación e investigaciones y de asegurar la continuidad de los procesos evolutivos, las migraciones animales, los patrones de flujo genético y la regulación del medio ambiente; b) mantener y mejorar recursos de la flora y la fauna silvestre y racionalizar su utilización; [...] d) mantener y mejorar los sistemas hidrológicos naturales; y e) preservar y mejorar los recursos escénicos naturales y los elementos culturales ligados a un ambiente natural (...) Esta ley acepta, entre sus clasificaciones, la existencia de Parques Naturales y declara incluidos en éstos, los que ya habían merecido anteriormente esa designación. Definiendo los Parques Nacionales consigna que están constituidos por áreas generalmente extensas, donde existan diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autoperpetuarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo. Los objetivos de esta categoría de manejo –de los Parques Nacionales– son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación”.

3.5. La evidencia científica y los cambios culturales exigen ir adaptando las decisiones de las políticas públicas

La sentencia, en su considerando décimo séptimo, se centra, además, en que, si bien pueden existir políticas a largo plazo, ellas deben ser siempre contrastadas con la evidencia científica y, por ende, pueden cambiar si el resultado de su aplicación deviene en consecuencias ambientales negativas:

“Que es verdad que en virtud de disposiciones gubernamentales –de diversos decretos supremos– y desde antaño, se ha estado impulsando un Plan destinado a extraer aguas del Chungará para lo cual se ha reservado parte de sus aguas y se ha terminado por instalar en una de sus orillas una estación de extracción de aguas mediante bombas impulsadas eléctricamente, aparte de otras obras más que contempla

dicho Plan y en que los Ministerios del Ramo se han propuesto realizar una extracción de 8 millones de metros cúbicos al año con la finalidad de mejorar el riego agrícola del valle de Azapa en algunas hectáreas y aumentar el potencial eléctrico en algunos kilowatts hora, con las probables consecuencias adversas que se han señalado para el medio ambiente y el sistema ecológico imperante, pero es lo cierto que actualmente se dispone de nuevos antecedentes y de estudios más completos y se comprende mejor la necesidad de proteger la naturaleza y el medio ambiente así como las bellezas escénicas naturales, reservando ciertas secciones del territorio con fines de estudio y recreación, en una época en que las naciones han acordado ‘hacer las paces con la naturaleza’ y respetar sus santuarios o monumentos naturales y sus bellezas escénicas y en que la nueva Constitución Política ha dispuesto como deber del Estado preservar la naturaleza y el medio ambiente, libre de contaminaciones, otorgando a los particulares el recurso de protección respecto de algunos de los derechos y garantías que instituye... Con estos nuevos antecedentes y la posibilidad insinuada de que existirían otras fuentes de aguas de que echar mano para los propósitos de la administración, se deberá resolver jurídica y definitivamente el diferendo surgido entre ciertas autoridades y los recurrentes y demás habitantes de la región, sin perjuicio de acciones judiciales que pudieran impetrarse”.

3.6. El plazo para recurrir y la tesis de agravio permanente

En la época de este caso, el plazo del recurso de protección ambiental era de 15 días hábiles contados desde la acción ilegal y arbitraria. De manera esperable, la parte recurrida alegó que el recurso era extemporáneo, sin perjuicio de ello la sentencia declaró que:

“Si las actuaciones del recurrido no constituyen un hecho aislado sino una sucesión ininterrumpida de actos que el recurrente tacha de ilegales y que le agravan, de suerte que esos actos se han renovado día por día y configuran un estado indivisible que perdura hasta el mismo momento en que el Tribunal conoce del recurso de protección, es evidente que éste se encuentra interpuesto dentro del plazo fijado al efecto por el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre su tramitación”.

Este es seguramente el primero, o uno de los primeros fallos, en que se acogió la llamada tesis del agravio permanente en materia ambiental, destacado por el profesor Rafael Valenzuela, junto al caso de los olores derivados de las fábricas de harina de pescado, donde entre otros argumentos se invocó el art. 937 del Código Civil, que tiene su par en aguas en el Código de Aguas, donde Andrés BELLO impone que “ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompen el aire y lo hagan conocidamente dañoso” (2010).

3.7. Síntesis de la decisión

Finalmente, y ya en la parte resolutive de la sentencia, la Corte Suprema mantiene la suspensión de la extracción de las aguas del lago que la Corte de Apelaciones de Arica había decretado, agregando, en su considerando 18, que dicha suspensión:

“subsistirá mientras se mantenga a ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca, mientras no se le excluya del listado de la UNESCO de ser reserva de la biosfera, inclusión que se obtuvo por petición del gobierno chileno y entretanto no se tome una decisión gubernamental mediante los mecanismos admitidos por la ley”.

Además, del fallo se desprende que:

“Es deber del Estado –según el ordenamiento constitucional– velar porque el medio ambiente se mantenga libre de contaminaciones y de preservar o proteger la naturaleza, y evitar, en consecuencia, que por su propia acción o la de sus organismos que lo componen, se efectúen obras o actividades que contaminen aguas o alteren el equilibrio ecológico, tanto más en aquellos lugares que el propio Estado ha declarado como Parque Nacional y se ha dado un régimen jurídico que lo proteja”¹³.

¹³ Corte Suprema, “Palza Corvacho, Humberto con director de Riego de la Primera Región y otros”, 19 de diciembre de 1985. Rol N°19.824. Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXII (1985), N.º 3, Sec. V, p. 261.

4. DESPUÉS DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N.º 19.300 Y LA JURISPRUDENCIA ANTROPOCÉNTRICA QUE A SU ALERO SE FORJÓ, ¿FERNANDO DOUGNAC GANARÍA NUEVAMENTE ESTE CASO?

La respuesta a esta pregunta dependerá de la época que revisemos. Realmente la jurisprudencia ha cambiado en estos 40 años y hubo muchos periodos en que varios de los aciertos de la Corte Suprema de la época se perdieron, principalmente tras la dictación de la Ley N.º 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, que creó la institucionalidad ambiental, con definiciones, principios e instrumentos de gestión ambiental con una potente base antropocéntrica, así como con otras reformas, por ejemplo, al auto acordado del máximo Tribunal en torno al plazo del recurso, como se verá.

4.1. Las hipótesis cubren casos de contaminación asociada a la salud de las personas, salvo casos puntuales de molestias a la calidad de vida

La jurisprudencia a partir del año 1994, con la entrada en vigencia de la Ley N.º 19.300, básicamente se ha restringido a limitadas hipótesis donde ha estado en juego la vida y salud de las personas, rechazando la protección cuando no hay superación de una norma que determine legalmente que sí existe contaminación. Para ello ha aplicado rigurosamente la definición, para todos los efectos legales de contaminación, que exige siempre superar una norma que fije los límites permitidos o prohibidos de contaminantes¹⁴. Como es sabido, dichas normas, deno-

¹⁴ Por ejemplo, en sentencia recaída en el caso “Novatec”, Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol N.º.806-2009, y caratulada “Loreto Flores Tapia con Empresa Kitzo Sociedad Ltda.”, se falló en el considerando décimo quinto que: “aunque los ruidos molestos de las faenas de construcción desplegadas por la recurrida hayan sobrepasado los límites máximos permitidos no constituye una conducta ilegal, toda vez que a dicha actividad no resulta aplicable el DS N.º. 146 de 1998”. O, como en la sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol 202-2009 caratulada “Marcela Gumersinda Olate Palma contra Empresa Constructora JCE S.A.”, el considerando quinto de la sentencia señaló : “tampoco se ha indicado con precisión (...) si, lo que la recurrente califica de “polución”, vulnera alguna normativa existente al respecto y de qué manera, sobre todo considerando que tratándose de contaminación, cualquiera que esta sea, ella se mide bajo ciertos parámetros, de suerte tal que cuando se excede ciertos rangos fijados

minadas normas primarias de calidad, básicamente resguardan la salud de las personas, y aún hay muy pocas normas secundarias de calidad ambiental, que resguardarían el bienestar, por ejemplo, de ríos, lagos o cuencas determinadas.

Sin embargo, desde hace un tiempo ha habido casos en que se ha tutelado más bien la calidad de vida, bien jurídico considerado en la definición de medio ambiente libre de contaminación de la misma Ley N.º 19.300 y que siempre debió ser usado antes que la de contaminación. Así, por ejemplo, se han acogido recursos por malos olores, y ello aun cuando no existe norma en Chile¹⁵.

4.2. Prima la visión antropocéntrica, salvo casos puntuales relevantes recientes

Ya se ha subrayado que, pese al tenor literal del artículo 19 N.º 8, que asegura el derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como hipótesis concreta, en el caso del lago Chungará fue evidente que el tribunal incluía casos de no contaminación, pero sí del deterioro del ecosistema *per se*.

Sin embargo, la jurisprudencia posterior se ha limitado por décadas, básicamente a la protección del ser humano y se ha negado, en casos en los que se trataba de proteger a otras especies de fauna y flora, como animales silvestres, árboles etc. Se rechazó, por ejemplo, la acción para detener la muerte de lobos de mar por la autoridad por afectar las redes de pescadores. La Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia que señalaba en el considerando décimo que: “No obstante, lo analizado en los fundamentos anteriores, es del caso señalar que el recurso de protección [...] está dirigido a proteger las garantías constitucionales

por la autoridad, generalmente coincidentes con niveles que resultan peligrosos para la salud humana, se estaría en presencia de un grado de contaminación que podría ser catalogado de ilegal”.

¹⁵ Ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol 404-2007 “Fernando Dougnac Rodríguez en representación de grupo de mujeres domiciliadas en Calama contra Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A.”. Véanse los fallos posteriores en el trabajo de GALDÁMEZ (2018).

de las personas y no alcanza su ámbito de protección a otros seres vivos, lo que no hace posible impetrar, a través de esta vía, una cautela sobre estos mamíferos marinos”.

Vale la pena destacar que el fallo fue acordado, con el voto en contra del ministro Sr. Jordán quien señaló:

“En el asunto específico a que se refiere el recurso, la medida que pretende adoptar la Subsecretaría de Pesca, constituye, por su índole, una amenaza que implica arbitrariedad, pues compromete un medio ambiente libre de contaminación, con respecto a lo cual obviamente se debe tutelar la preservación de la naturaleza que constituye un todo, una unidad que involucra la creación misma con todos los seres, elementos y materias que la integran y que convergen al equilibrio ecológico, a la mantención del patrimonio ambiental, tanto más cuanto que los lobos marinos representan una especie protegida”¹⁶.

Excepcionalmente, se han acogido recursos en el sentido más amplio, con hábiles expresiones. Por ejemplo, se acogió un recurso de protección ante la poda mutilatoria de los árboles de una avenida de Valdivia, pero gracias a que fue calificado –por la Corte y no por el recurrente– como un caso de contaminación visual para las personas habitantes de la ciudad¹⁷.

Ahora bien, en casos excepcionales pero muy relevantes, aunque solo en los últimos años, la jurisprudencia ha ampliado la protección a la hipótesis que comprenden atentados evidentes a la integridad de los ecosistemas, con un claro sentido ecológico, aunque siempre se reconducen las soluciones a una visión antropocéntrica. Específicamente, se ha tratado de numerosos casos de graves afectaciones a humedales y, en todos estos casos, la respuesta ha sido a favor de una amplia protección, dictaminando que no solo el Estado tiene el deber de proteger a estos ecosistemas sino también los particulares, aun cuando los humedales

¹⁶ Corte Suprema, causa Rol 259-1999, caratulado “Sociedad de amigos de los animales con Subsecretaría de Pesca”, de fecha 25 de febrero de 1999.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia, causa rol Rol 609-2007, caratulado “Luis Felipe Fernández Larraguibel con I. Municipalidad de Valdivia”, de fecha 21 de diciembre de 2007, considerandos 26° y 29°. Para todo, véase nuestro análisis en DELGADO (2012).

estén en sus propios predios, aunque sean artificiales, aunque ya se cuente con permisos para realizar esas actividades o proyectos, pues existe siempre la obligación de evitar su deterioro y, si el daño se causa, de reparar este daño con acciones que restablezcan el estado del humedal a su situación anterior al daño, y sin limitarlo a restitución en dinero ni en compensaciones (DELGADO y FIGUEROA, 2019). En todos estos fallos, por fin, se escucha la voz de los humedales. Ellos se ubican en el centro de la protección, con independencia de si está afectado el derecho de propiedad que pueda tener un particular sobre la tierra o el agua, como es la lectura tradicional que se hace de estos problemas. Por fin, entonces, se escucha la voz de los ecosistemas naturales reclamando no ser devastados a cambio de los beneficios que proporcionan. En adelante, realizaré una revisión de estos fallos, concentrándome en recursos de protección¹⁸.

Así, el 27 de agosto de 2018, la Corte Suprema declara que el humedal el Llantén en Puerto Montt es un humedal y que, aunque sea artificial y no goce de protección oficial, debe ser protegido. Para lo anterior, ordena reubicar en tres años un colegio construido sobre él, para despejar el área de escurrimiento natural de las aguas lluvias, así como implementar una serie de medidas, tanto por los privados como por la Municipalidad, la Secretaría Ministerial Regional de Medio Ambiente y el Servicio de Vivienda y Urbanización, organismos a quien la Corte critica por no actuar coordinadamente. Incluso ordena revisar los permisos ya otorgados para construir sobre el humedal y los pendientes¹⁹.

El 12 de septiembre del mismo año, la Corte Suprema, revoca una sentencia de la Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso por el artículo 19 N.º 8, interpuesto por habitantes de la isla Teja, ordenando cesar los trabajos de remoción de tierras y alteración de cursos de agua en la confluencia de los ríos Valdivia y Cruces, hasta la obtención de

¹⁸ Una revisión más profunda puede ser revisada en nuestro trabajo DELGADO (2021).

¹⁹ Corte Suprema, “Sociedad Educacional Winkler Contreras Ltda. contra Servicio de Vivienda y Urbanización Región de los Lagos y otros”, Protección (27/08/2018). Rol N.º. 118-2018. Véase también algunos comentarios a esta sentencia como MORAGA, DELGADO y FARIAS (2018); TISNÉ (2019).

autorizaciones administrativas y ambientales que correspondan. En este caso, la Corte razona que el derecho minero a catar y cavar no basta para autorizar una actividad de extracción de áridos, sin considerar el riesgo para el ecosistema o el curso de las aguas en que se desarrollan²⁰.

En octubre del mismo 2018, la Corte Suprema confirmó la sentencia que rechazó el recurso de protección interpuesto por una empresa que proponía desarrollar una cancha de esquí acuático en laguna grande de San Pedro de la Paz en la Región del Biobío, en plena área urbana, contra la Gobernación Marítima, que negó la autorización. El fundamento fue la contaminación que la actividad puede causar en ese cuerpo de agua que, además de rico en biodiversidad, aunque no protegido todavía, debe mantener el agua limpia para proveer de agua a la comunidad, en caso de emergencias y otras condicionantes que se oyeron fuerte desde el mundo académico²¹.

Y en un caso muy relacionado, en junio de 2021, la Corte Suprema ha reiterado que la sostenibilidad en torno a los humedales implica respetar su integridad y, en el fondo, priorizar en los variados servicios que presta, aquellos que tributan al interés general de la comuna y no a una actividad particular²². Se aleja –en forma más decidida– a la visión antropocéntrica y se acerca cada vez más a proteger a los ecosistemas por su valor en sí mismos. En efecto, el máximo Tribunal resuelve que es legal la Ordenanza Municipal que establece una prohibición de uso de embarcaciones o vehículos motorizados que indica en la laguna Avendaño, “a fin de proteger el ecosistema de ese cuerpo hídrico, su flora y fauna, y, eventualmente, para la salud de personas y animales, considerando la ocurrencia de fenómenos tales como la eutrofización, y, en definitiva, su

²⁰ Corte Suprema, causa Rol 5171-2018, caratulado “Denise Choloux Ríos y otros con Gogua Corporation S.A.”, 12 de septiembre de 2018.

²¹ Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N°. 6412-2018, caratulado “Jaime Valenzuela Biscardi contra Capitania de Puerto de Talcahuano”, 28 de agosto de 2018, y la respectiva sentencia de Corte Suprema, CAUSA Rol N°. 22.196-2018, de 30 de octubre de 2018.

²² Corte Suprema, causa Rol N°.18.955-2021 “Contzen y otros con Municipalidad de Quillón”, 7 de junio de 2021.

integridad medio ambiental, así como la sustentabilidad económica del mismo, considerando su importancia para la comunidad local”²³.

4.3. La evidencia científica y los cambios culturales exigen ir adaptando las decisiones de las políticas públicas

Paulatinamente en Chile hemos visto cómo la sociedad se ha impregnado de una conciencia ambiental, aunque ello no implica necesariamente el éxito de las acciones encaminadas a ello. Creo que los tribunales, especialmente la Corte Suprema, han sido de los actores que más rápido han comprendido la necesidad urgente de protección ambiental, especialmente a la luz de lo vulnerables que somos ante el cambio climático.

A pesar de las pocas herramientas, son varios los fallos relevantes. Solo destacaré el recién analizado de la laguna Avendaño. Si bien la Corte Suprema se refiere a que “la dictación de esta ordenanza cumple con resguardar derechos fundamentales de las personas”, lo hace estableciendo una protección ambiental reforzada de la laguna, y reconoce que “los tiempos son otros” (considerando 22). A nuestro juicio, en la sentencia se refleja claramente la evolución que se intenta rescatar: que las lagunas o humedales son bienes comunes valiosos en sí mismos y especialmente para las generaciones presentes y futuras. Señala textualmente, refiriéndose a la Municipalidad:

“De igual forma, insta un cambio de paradigma en cuanto a la utilización del patrimonio público comunal en orden al desarrollo sostenible o sustentable del mismo, al reducir la producción de nocivos contaminantes en el ecosistema acuático, compatibilizándolo con el desarrollo económico y turístico del lugar mediante una autorización excepcional de carácter transitorio, y al permitir la circulación de toda otra clase vehículos de menor impacto ecológico, todo lo cual armoniza perfectamente con la legislación imperante”²⁴.

²³ Corte Suprema, causa Rol N°.18.955-2021 “Contzen y otros con Municipalidad de Quillón”, 7 de junio de 2021), considerando séptimo a noveno.

²⁴ Corte Suprema, causa Rol N°.18.955-2021 “Contzen y otros con Municipalidad de Quillón”, 7 de junio de 2021), considerando noveno.

4.4. ¿La (ir)responsabilidad de Chile en la correcta aplicación de los Convenciones Internacionales que suscribe y su normativa interna?

A diferencia del caso del lago Chungará, donde se exigió a Chile el respeto a convenciones vigentes en el país, especialmente la Convención de Washington, que data del año 1940 y que fue ratificada por nuestro país el año 1967, lo que impone no dar un uso comercial a los recursos naturales de los Parque Nacionales ni cambiar sus límites sino mediante una ley, en los años posteriores hubo un retroceso importante en la interpretación de la aplicación de esta Convención. De hecho, fueron aprobados ambientalmente muchos proyectos, entre ellos el gigante proyecto HidroAysén en la Patagonia, vulnerando así el texto expreso de la Convención y se intentó cambiar límites de parques nacionales por meros decretos supremos de la Presidencia.

Se argumentaba que la Convención no era autoejecutable y que la Ley N.º 19.300, de hecho, permitía proyectos extractivos en los parques nacionales al incluirlos en el listado de proyectos que debían someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en el artículo 10 letra p). Solo a partir del caso –que personalmente llamo– “Estado contra Estado” entre Corporación Nacional Forestal y Dirección General de Aguas, la Corte Suprema falló a favor de la primera, al disponer que ella podría oponerse al otorgamiento de derechos de aguas por la Dirección General de Aguas en un parque nacional, por prohibirlo la Convención²⁵, y que el art. 10 letra p) era claro en señalar que debían ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental todos los proyectos a ejecutarse en áreas bajo protección oficial, si ello fuese permitido por la ley. Y, en este caso, la ley, es decir, la Convención, lo prohibía.

En cuanto a las reservas de la biósfera en Chile, en la práctica, hoy no significan un grado de protección relevante. De hecho, existen graves denuncias y sanciones por los daños causados por la salmonicultura en el Parque Nacional y Reserva de la Biosfera Alberto de Agostini. Y en

²⁵ Corte Suprema, causa Rol N.º.7430-2010, “CONAF contra director regional de Aguas, Región de Los Lagos”, 27 de junio de 2010.

especial por una empresa –Nova Austral– que recibía bonificaciones estatales. Lejos estamos de aquel fallo del lago Chungará en que se exigía coherencia y responsabilidad del país, cuando declaraba un área como protegida y él mismo solicitaba dicha protección a nivel internacional. Cabe destacar que respecto del propio lago Chungará, el año 2010 se anunció por el gobierno la idea de destinar hasta un 15% de la Reserva de la Biósfera Parque Lauca para la minería, algo respecto de lo cual Fernando Dougnac se opuso fuertemente²⁶.

Y en cuanto a la responsabilidad de Chile en la correcta aplicación de su normativa interna, cabe destacar que, solo recientemente, se aprobó la nueva Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas²⁷, dando así cumplimiento a un largo anhelo en el país. En esta nueva ley para la naturaleza, se respeta la Convención de Washington, pues se impone, en primer lugar, que, en los Parques Nacionales, las Reservas de Región Virgen y Monumentos Naturales la prohibición de dar un uso comercial a los elementos de la naturaleza y, en segundo lugar, se respeta que los límites de ambas áreas no pueden ser modificados o desafectados por decreto supremo, sino que por ley. Además, respecto a las reservas de la biósfera, se impone que el nuevo Servicio promueva el uso sustentable de los recursos naturales y la utilización de instrumentos de conservación de la biodiversidad, para conservar la biodiversidad y mejorar el bienestar social y económico de las comunidades que en ellas habitan. El servicio debe elaborar un Plan de Gestión, con comités de gestión, integrados por los actores claves del territorio, para que colaboren con la elaboración y el monitoreo del cumplimiento del plan de gestión. Finalmente, es importante señalar que, existiendo muchas actividades en estas áreas protegidas, que ahora quedan claramente prohibidas, en las normas transitorias, se reconoce

²⁶ LA TERCERA (2010). “Abogado que frenó extracción de agua en Chungará dice que proyecto en Parque Lauca es ilegal”, 2 de julio de 2010. <https://www.latercera.com/noticia/abogado-que-freno-extraccion-de-agua-en-chungara-dice-que-proyecto-en-parque-lauca-es-ilegal/>

²⁷ Proyecto de Ley Boletín 9404-2012, que se encuentra aprobado por el Congreso Nacional, y que a la fecha de finalización de este trabajo se encuentra pendiente de ser promulgada y publicada por el presidente de la República.

que estas concesiones, permisos o resoluciones de calificación ambiental continuarán vigentes.

En relación específica al otorgamiento y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, es destacable que, el año 1992, la Ley N.º 19.145 modificó el artículo 63 del Código de Aguas. Esta modificación prohibió mayores extracciones de las ya autorizadas y nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa, en las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta, exigiendo a la Dirección General de Aguas previamente identificar y delimitar dichas zonas. Estas normas de protección se han ampliado considerablemente en la reforma al Código del Aguas de abril de 2022, extendiendo estas prohibiciones hasta la Región de Coquimbo. Además, se impone que, en el otorgamiento y ejercicio de todo derecho de aprovechamiento de aguas, es de interés público respetar el derecho humano al agua, la preservación ecosistémica, la disponibilidad hídrica y la sustentabilidad de los acuíferos.

4.5. El plazo para recurrir y la tesis de agravio permanente

La tesis del agravio permanente, introducido en los párrafos anteriores, también ha tenido sus vaivenes en el tiempo. Me parece que el momento más negativo fue a raíz de la modificación del auto acordado que regula el recurso de protección, al establecer la exigencia de interponer la acción dentro del plazo de 30 días corridos, desde el acto o la omisión, o desde que se haya tenido conocimiento y así conste en juicio, según la naturaleza de los hechos. Con ello, se quiso expresamente terminar con la tesis del agravio permanente, para dar certeza a los recurridos y no dejar a la elección arbitraria del accionante cuándo interponer la acción.

Eso es evidente en el fallo que resolvió protección contra el proyecto Bocamina en Coronel, donde se acoge extemporaneidad por estimar que la recurrente había asistido a una reunión previa, donde conoció el proyecto y eso constaba en el expediente mediante fotografías y acta

de asistencia²⁸. Como ya he sostenido, claramente la interpretación que se dio a dicha frase, fue una *contra actione*, que se opone al principio *pro actione* que debe imperar en materia ambiental, para facilitar el acceso a la justicia ambiental, promovido desde el año 1992 en la Declaración de Río en su Principio 10. Dicho principio además ha sido reconocido tanto por la doctrina como por otros fallos de la Corte Suprema, y hoy reconocido expresamente en el Acuerdo de Escazú, vigente en Chile.

En ese caso, en su considerando quinto, la Corte de Apelaciones de Concepción argumentó que, con el cambio en el auto acordado:

“en la actualidad no es dable sostener, como anteriormente se hizo, que respecto de los actos u omisiones que se han denominado ‘permanentes’, el plazo para la interposición del recurso subsista del modo señalado en el razonamiento que antecede, pues en dicho caso el plazo para formularlo, en razón de la naturaleza de ellos, se cuenta, evidentemente, desde que el afectado haya tenido noticia o conocimiento de los mismos. Entenderlo de otro modo significaría que la modificación indicada carecería de todo sentido y significación, lo que no es aceptable. Tan cierto es lo que se expone, que la modificación agregó, como se ha visto, que lo que se señala, debería hacerse ‘constar en autos’, exigencia sobre la cual se ha resuelto, incluso, que es un requisito de procesabilidad. El Máximo Tribunal ha dicho, reiteradamente, que el término para recurrir de protección está precisamente determinado en el Auto Acordado y tiene carácter objetivo, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes, como se ha pretendido en la especie, la época en la cual pueda comenzar a computarse para su interposición”²⁹.

Sin embargo, y afortunadamente, al poco andar varias Cortes y la misma Corte Suprema volvería a la tesis del agravio permanente, con

²⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N°.134-2009, caratulada “Maria Orfelía Sanhueza Riffó contra ENDESA S.A”, 18 de mayo de 2009.

²⁹ Para mayor profundidad de esta discusión, revisar DELGADO (2022).

distintas fórmulas³⁰. Y, es más, recientemente se aplicó en un caso de daño ambiental por el Tribunal Ambiental de Valdivia³¹.

PALABRAS FINALES

Hace ya casi 40 años, Fernando Dougnac impregnó a sus acciones de protección y sus escritos y alegatos una fuerte visión ecológica y ecosistémica para proteger el lago Chungará y sus ecosistemas asociados. Lo hizo mediante el uso de las normas básicas que la Constitución de 1980 consideraba, al garantizar a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Su visión estaba inspirada en los avances del derecho ambiental a nivel internacional, que seguía animosamente y que enseñaba en los trabajos que publicaba sobre estas temáticas. A la luz de esas inspiraciones, intentó obtener lo mejor de las normas de la Constitución de 1980 y, sin duda, lo logró en el caso del lago Chungará y sus ecosistemas asociados. Toda extracción de agua se suspendió mientras se mantenga a ese lago como parte del Parque Nacional del Lauca y mientras no se le excluya del listado de la UNESCO de ser reserva de la biosfera, pues es deber del Estado cumplir sus deberes internacionales y sus propias normas internas, en las que la propia Constitución lo obliga a preservar la naturaleza.

En los años venideros, y paradójicamente después de la dictación de la Ley N.º 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, la jurisprudencia fue tomando posturas mucho más estrictas que desfavorecieron la protección ecológica del entorno. Se acentuó la visión antropocéntrica,

³⁰ Véanse los siguientes casos: Corte Suprema, causa Rol N.º.3119-2012, caratulada “Presidente de la Junta de Vecinos Los Pioneros y otros contra Empresa de Servicios Sanitarios del Bio Bio Essbio S.A”, 11 de julio de 2012; Corte de Apelaciones de Temuco, causa Rol 2258-2012, caratulada “Solar Araya, Susana contra Comité de Vivienda Villa Trancura”, 7 de febrero de 2012; y Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol 1670-2012, caratulada “Grupo de acción ecológica Chinchimén contra Inmobiliaria Laderas Lado Mar S.A. y otros”, 23 de enero de 2013.

³¹ Véase en DELGADO (2020), p. 288 .

exigiendo la existencia de una persona afectada en su salud o propiedad; no siempre se acogió la acción de protección en la fase de amenaza, desconociendo el principio rector de nuestra disciplina y, especialmente, se exigió siempre que exista contaminación, no abarcando otras hipótesis de degradación a elementos del medio ambiente.

Además, las normas de la Constitución, especialmente aquellas para imponer limitaciones, obligaciones o restricciones a la libertad de empresa o derecho de propiedad, fueron siendo doblegadas frente al modelo neoliberal que la Constitución impuso. Lo anterior derivó en que las interpretaciones proambiente no siguieran avanzando como se había logrado en los primeros años en que se ejerció el recurso de protección. A más de 40 años, esta lectura y el modelo que le subyace, ya no son admisibles, considerando la urgencia con la que hay que proteger el ambiente y a las personas.

De hecho, como ya he señalado (DELGADO Y HERVÉ, 2021, p. 174), la ausencia de reconocimiento de la naturaleza colectiva y ecológica de los intereses en juego trae otras consecuencias prácticas que se deben evitar. Por ejemplo, considerar solo el interés individual, por sobre el público y colectivo, impide hacer valer y lograr una efectiva protección del ambiente, pues solo las personas que se han visto directamente afectadas en su esfera individual podrían reclamar de él (HERVÉ Y LÓPEZ, 2020, p. 206).

Se reconoce, eso sí, un esfuerzo en ampliar la legitimación vía la tesis del entorno adyacente de BERMÚDEZ en algunos casos (2014, pp. 64-65; 134-136). Pero en innumerables ocasiones la Corte Suprema ha rechazado recursos de protección en materias ambientales, por determinar que los actores carecían de esta legitimación activa³². Es más, se ha dado el

³² En materia ambiental, véase, por ejemplo, las siguientes sentencias: Corte Suprema, causa Rol N°.8213-2011 “Gutiérrez Gálvez y otro contra Comisión Evaluación Ambiental Región de Tarapacá”, 18 de octubre de 2011; Corte Suprema, causa Rol N°.3141-2012, caratulada “Confederación Nacional de Federaciones de Pescadores Artesanales de Chile contra Comisión de Evaluación VIII Región del Biobío”, 15 de junio de 2012; Corte Suprema, causa Rol N°.4755-2012, caratulada “Municipalidad de Arauco contra Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental”, 26 de octubre de 2012; Corte Suprema, causa Rol N°.3146-2013, caratulada “María Francisca van Rysselberghe en representación de Áridos Bio Bio S.A. con Municipalidad de Concepción”, 8 de agosto

tiempo de recordarnos, en forma expresa, que en materia ambiental la acción de protección no es popular cuando, por ejemplo, parlamentarios, alcaldes o dirigentes locales actúan en defensa de la población en general³³. Esa popularidad que tanto ensalzaba el profesor Dougnac, respecto a las acciones del Código Civil. Coincidimos con él, por cierto, en que esta alternativa permitiría garantizar un mayor acceso a la justicia ambiental y a una tutela jurisdiccional efectiva, como he sugerido desde hace años (DELGADO, 2005).

Afortunadamente, en los últimos años, la Corte Suprema ha avanzado en la protección ecológica del medio ambiente. Y si bien sigue siempre

de 2013; Corte Suprema, causa Rol N°.3294-2013, caratulado “Carmona Soto, Lautaro con Servicio de Evaluación Ambiental Tercera Región de Atacama”, 31 de julio de 2013; Corte Suprema, causa Rol N°.7677-2013, caratulado “Rendón Escobar, Luis Mariano y otros contra Gabriel Ruiz Tagle, Subsecretario de Deportes”, 7 de enero de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.14937-2013, caratulado “Bustos Carmona, Orfelina del Carmen, Pérez Peña, María Soledad y White Bahamóndez, Christopher contra Áridos Santa Gloria S.A.”, 31 de enero de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.6590-2014, caratulado “Paulina Núñez Urrutia y Emile Ugarte Sironvalle contra Comisión Regional del Medio Ambiente”, 4 de agosto de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.10759-2014, caratulado “Hilda Villafaena Leyton y otros con Jorge de la Rivera Sandoval”, 4 de junio de 2014; Corte Suprema, Rol N°.14.263-2014, caratulado “I. Municipalidad de la Unión con Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y otros”, 12 de noviembre de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.21.973-2014, caratulado “Alcaldesa de la I. Municipalidad de La Unión con Servicio de Evaluación Ambiental y otros”, 3 de noviembre de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.26829-2014, caratulado “Zotti Cordero, Giovanni con GENCO S.A.”, 29 de diciembre de 2014; Corte Suprema, causa Rol N°.24932-2017, caratulado “Vladimir José Santander Soto y otros con Alcalde I. Municipalidad de Graneros y otros”, 3 de enero de 2018; Corte Suprema, causa Rol N°.12729-2018, caratulado “Varela con Hutt”, 18 de julio de 2018.

³³ Véase, por ejemplo, las siguientes sentencias: Corte Suprema, causa Rol N°.4777-2011, caratulado “Municipalidad de Linares con COREMA VII Región del Maule”, 6 de octubre de 2011; Corte Suprema, causa Rol N°.8213-2011, caratulado “Gutiérrez Gálvez y otro contra Comisión Evaluación Ambiental Región de Tarapacá”, 18 de octubre de 2011; Corte Suprema, causa Rol N°.2463-2012, caratulado “Corporación Fiscalía del Medio Ambiente contra Servicio Evaluación Ambiental Región de Aysén”, 11 de mayo de 2012; Corte Suprema, causa Rol N°.4755-2012, caratulado “Municipalidad de Arauco contra Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental”, 26 de octubre de 2012; o, más recientemente, en Corte Suprema, causa Rol N°. 5888-2019, caratulado “Francisco Chahuán contra Empresa Nacional de Petróleos, ENAP S.A.”, 28 de mayo de 2019. Véase también: Corte Suprema, causa Rol N°.45.059-2017, caratulado “Matías Ramírez Pascal contra Constructora FV S.A. y otro”, 14 de marzo de 2018.

agregando un argumento antropocéntrico, vinculando los elementos del medio ambiente y sus ecosistemas con los servicios que estos prestan la población, es evidente que lo que ha hecho en concreto, es proteger los ecosistemas por su valor intrínseco. Se comienza a recuperar así, la visión ecológica y adelantada de Fernando DOUGNAC, un gran abogado ambiental que marcó los inicios de esta disciplina, y cuyo legado seguirá sirviendo de inspiración para muchos.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental*, segunda edición. (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- DELGADO, Verónica (2005): “La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo”, en MARTINIC, M. y TAPIA, M. (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Tomo II (pp. 907-937). (Santiago: Lexis Nexis).
- (2012): “La responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, N°.1, pp. 47-76.
- (2020): “Reparación del daño ambiental causado a las aguas subterráneas en los tribunales de Chile”, en *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* N° 38, pp. 279-310.
- (2021): “La Ley de humedales Urbanos en Chile: El tránsito desde “pantanos infecciosos” a valiosos ecosistemas dignos de protección (y restauración)”, en LOVERA, D. (ed.), *Anuario de Derecho Público 2021* (pp. 545-570). (Santiago: Universidad Diego Portales).
- (2022): “Tendencias jurisprudenciales para una mayor protección de los humedales, sean o no urbanos”, en *Litigación Ambiental y Climática*, II N° 5, pp. 1-14.
- DELGADO, Verónica y FIGUEROA, Ricardo (2 de enero de 2019): “Fallos judiciales escuchan por primera vez la voz de los humedales”, en *El Mostrador*. Disponible en línea: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/01/02/fallos-judiciales-escuchan-por-primera-vez-la-voz-de-los-humedales/>
- DELGADO, Verónica y HERVÉ, Dominique (2021): “Nueva Constitución y Medio Ambiente”, en CONTRERAS, V., SILVA, V., CASLA, K., CISTERNA, P., DELGADO, V. y SEPÚLVEDA, M. (eds.), *Derechos Sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional*, tomo III (pp. 173-180). (Global Initia-

- tive for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex y Universidad de Concepción).
- GALDÁMEZ, Liliana (2018): “Recurso de protección y medio ambiente en la Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema”, en GALDÁMEZ, L. (coord.), *Una perspectiva constitucional del medio ambiente* (pp. 167-191). (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- GUILOFF, Matías (2016): “Elija cuál derecho de propiedad privada se protege: la precisión de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada, a propósito de los fallos Molinera del Norte y curtidos Bas”, En COUSO, J. (ed.), *Anuario de Derecho Público 2016* (pp. 152-167). (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales).
- (2018a): “La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control para las intervenciones sobre el derecho de propiedad privada”, en *Estudios Constitucionales*, vol.16, N°.2, pp. 271-306.
- (2018b): “La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”, en *Revista Ius Et Praxis*, vol. 24, N°.2, pp. 621-648.
- GUILOFF, Matías y MOYA, Francisca (2020): “El derecho a vivir en un medio ambiente sano”, en CONTRERAS, P. y SALGADO, C. (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 702-723). (Valencia: Tirant Lo Blanch).
- GUILOFF, Matías y SALGADO, Constanza (2020): “El derecho de propiedad privada y la tutela de los bienes públicos”, en LORCA, R., MARSHALL, P., SELAMÉ, N. y GUILOFF, M. (eds.), *La Hoja en Blanco* (pp. 263-278). (Santiago: Editorial La Pollera).
- GUZMÁN, Rodrigo (2012): *Derecho Ambiental Chileno*. (Santiago: Planeta sostenible).
- HERVÉ, Dominique y LÓPEZ, Gianni (2020): “El medio ambiente y el desafío de una nueva Constitución”, en LORCA, R., MARSHALL, P., SELAMÉ, N. y GUILOFF, M. (eds.), *La Hoja en Blanco* (pp. 199-214). (Santiago: Editorial La Pollera).
- LA TERCERA (2 de julio de 2010): “Abogado que frenó extracción de agua en Chungará dice que proyecto en Parque Lauca es ilegal”. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/abogado-que-freno-extraccion-de-agua-en-chungara-dice-que-proyecto-en-parque-lauca-es-ilegal/>
- MORAGA, Pilar, DELGADO, Verónica y FARIAS, Laura (2018): “Jurisprudencia al día. Iberoamérica. Chile. Principio de prevención y precaución. Vertidos. Medio Marino”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*. Disponible en línea: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-chile-principio-de-prevencion-y-precaucion-vertidos-medio-marino/> (consultada: 12 enero 2022).
- (2018): “Jurisprudencia al día. Iberoamérica. Chile. Humedales Artificiales”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*. Disponible en línea: <https://www.actualidad->

juridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-chile-humedales-artificiales/ (consultada: 12 enero 2022).

- ROMÁN, Beatriz (2014): “Reserva de la Biosfera Lauca: turismo como herramienta de desarrollo económico y conservación del patrimonio aymara”, en MOREIRA-MUÑOZ y BORSODORF (eds.), *Reservas de la Biosfera de Chile: Laboratorios para la Sustentabilidad*, serie Geolibros 17 (pp. 66-80).
- TISNÉ, Jorge (2019): “Categorización de los conflictos vecinales y la improcedencia de invocar autorizaciones administrativas y la observancia de leyes y reglamentos como justificación suficiente para vulnerar derechos de terceros. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 15 de marzo de 2018, Rol N°.18.218-2017”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N°.1, pp. 287-300.
- UNESCO (2020): *Lauca Biosphere Reserve, Chile*. Disponible en: <https://en.unesco.org/biosphere/lac/lauca>
- VALENZUELA, Rafael (2010): *El derecho ambiental. Presente y pasado*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).