UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

DIGNIDAD HUMANA, DERECHO HUMANO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO Y TRATADOS AMBIENTALES QUE PROTEGEN EL MEDIOAMBIENTE MARINO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

ALUMNOS: Adolfo Rigoberto Fernando Montenegro Venegas

Marcel Andrés Gallegos Provoste

PROFESOR PATROCINANTE: Wladimir Riesco Bahamondes

VALDIVIA, MARZO DE 2007

Informe Memoria de Prueba

Señor:
Dr. Andrés Bordalí Salamanca.
Director Instituto Derecho Público
Presente.

De mi consideración:

Por este medio informo la memoria de prueba titulada "Dignidad Humana, Derecho Humano a Vivir en un Medio Ambiente Sano y Tratados Ambientales que protegen el Medio Ambiente Marino" de don Adolfo Rigoberto Femando Montenegro Venegas y don Marcel Andrés Gallegos Provoste,

La memoria se desarrolla en torno a dos capítulos y unas conclusiones donde en forma detalla se trata de vincular la consagración positiva relativa a la protección del valor dignidad humana con el derecho a un medio ambiente sano, como derecho humano de tercera generación, con los convenios internacionales sobre protección del medio ambiente de la contaminación y su aplicación en el derecho interno.

En el capitulo primero, titulado "Valores, Principios y Derechos Fundamentales, se trata a la dignidad humana como valor reconocido y amparado tanto por el derecho internacional como interno, a la luz de instrumentos como, La Carta de las Naciones Unidas, La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y La Declaración Americana de Derechos Humanos.

En el mismo capítulo se hace referencia a la recepción de la dignidad humana en la Constitución Política, vinculándolo con *el* derecho a un medio ambiente sano como derecho de tercera generación.

En el capitulo segundo, titulado " Tratados Ambientales que Protegen el Medio Ambiente Marino de la Contaminación", se analiza tanto el contenido general, el reconocimiento por parte de los tribunales de justicia de sus disposiciones, de entre otros tratados, El Tratado Antártico, El Tratado de Tlatelolco o Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina y el Caribe, E! Convenio de Londres sobre Protección de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras materias, Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, Convención Ramsar o Convención sobre Zonas Húmedas de importancia internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, Convención para la Protección del Medio Ambiente y la Zona del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres, Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres, Convención de Basilea sobre Movimientos Transfronterízos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras, Convención del Mar, Convenio de Rotterdam para la Aplicación de Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo al Uso de Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional, Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.

Los temas tratados por esta memoria constituyen un aporte a la interpretación de instrumentos de protección ambiental consagrados en convenios internacionales ratificados por Chile, que enriquecen nuestro derecho ambiental, lo que resulta pertinente en momentos donde se este planteando la mas relevante reforma a la institucionalidad ambiental nacional.

Por lo expuesto, la memoria objeto de este informe representa una labor de investigación, acorde con su carácter de requisito habilitante para obtener la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, significa además un aporte a la discusión del tema en estudio.

Por las consideraciones expuestas, soy de la opinión de calificar esta memoria con nota seis coma cinco (6,5), salvo, el mejor parecer de Ud.

Sin otro particular, te saluda.

Vladimir Riesco Bahamondes
Profesor de Derecho Ambiental
Instituto de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile.

Valdivia, 26 de abril de 2007.

El hombre no existe para el derecho, sino el derecho para el hombre y, en nuestro caso, para aportar su concurso a la solución del problema ambiental.
(Rafael Valenzuela Fuenzalida)

El derecho chileno contiene normas y procedimientos suficientes para cautelar el medio, si es que se quisiera aplicarlos, pero imperativos económicos, unidos a falta de compromiso de parte del Estado, hacen que no sea posible confiar en la eficacia abstracta del derecho y que deba propiciarse una activa participación de todos los sectores interesados, tanto en la toma de conciencia como en la lucha por la defensa del medio.
(Mario Jarpa Fernández)

La muerte no sólo iguala a los hombres, sino que a los hombres con las bestias y hasta con los gusanos. Si en la vida tuviéramos en cuenta esto, nuestra conducta sería muy diferente con los animales.
(El flamenco, Francisco Coloane Cárdenas)

A nuestros padres, gracias por educarnos,

por creer en nosotros, y enseñarnos

que lo que más cuesta en la vida,

se supera con voluntad,

esfuerzo y alegría.

Quisiéramos agradecer a todos a quienes nos ayudaron en la gestación de esta memoria. Primero que todo, a nuestro profesor guía quién nos ha enseñado desde comienzos de la década del 90', cuando sólo era un estudiante más de nuestra universidad, la importancia de proteger nuestro entorno, para las generaciones presentes y futuras, llevando a la practica la teoría; no sólo con la palabra sino también con la acción.

Quisiéramos agradecer a todos los profesores de nuestra universidad que nos aconsejaron y nos regalaron un poco de su tiempo para orientarnos en este amplio y fascinante tema; quisiéramos agradecer a los profesores de nuestra escuela, Andrés Bordalí Salamanca y Yanira Zuñiga Añazco; a nuestros queridos Elita, Mariela, don Aldo y Paola, y a quienes ya nos dejaron, Carolina con sus detalles y delicadeza, por todo el cariño y aliento entregado durante nuestra estadía en la Escuela; a los profesores del Instituto de Zoología de la Facultad de Ciencias, en especial a don Carlos Beltrán, Germán Pequeño y a su asistente don León, Julio Lamilla, Roberto Schlatter, gracias por su tiempo y muy buena voluntad; a los profesores del Instituto de Química don Rolando Martínez y Eduardo Quiroz; a los profesores del Instituto de Ecología, señores Carlos Moreno y Rodrigo Hucke-Gaete; y a todos los funcionarios de las bibliotecas consultadas, que nos proporcionaron la fuente directa del saber, en especial a los funcionarios de la Hemeroteca de la Universidad de Concepción, quienes destacaron en cordialidad, amabilidad y muchas ganas de colaborar, como también los funcionarios de la biblioteca de la Universidad Católica de Temuco.
Queremos agradecer además a Karina Ortega por su ayuda comprometida, a Viviana y Romanette Montenegro Venegas, por las traducciones insertas en esta memoria y por las pequeñas ayudas y detalles respectivamente, que sin duda permitieron sacar adelante esta memoria; a don Carlos Ramos por la bibliografía facilitada y a Carmen Gloria Quintana por el aliento desplegado, siendo de justicia destacar que sin su ayuda esta memoria hubiese carecido de parte importante de los artículos que han sido utilizados en ella.

Gracias a todos y por cierto a todos los autores que con anterioridad a nosotros escribieron sobre los temas que hemos citado en esta memoria. Mención especial para *Rafael Valenzuela Fuenzalida* quién con lúcida visión ya en la década del 70' escribía con profundo sentido ambiental, adelantándose a su época y dejándonos un valioso aporte, para las futuras generaciones. *Muchas gracias a todos*.

INDICE

Resumen		1
Presentación de la memoria		3
Introducción: Importancia del mar y la necesidad de su protección		6

Capitulo I

"*valores, principios y derechos fundamentales*".

1.-	Aspectos generales	19
2.-	Recepción del valor dignidad humana en el orden jurídico internacional	20
2.1.-	Carta de San Francisco o Carta de las Naciones Unidas	20
2.2.-	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	23
2.3.-	Declaración Universal de los Derechos Humanos	26
2.4.-	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	30
2.6.-	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	31
2.7.-	Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica	33
2.8.-	Protocolo de San Salvador o Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales	36
3.-	Recepción del valor dignidad humana en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesiones Nº 17, Nº 84 y Nº 85	40
3.1.-	Sesión Nº 17 celebrada el día 15 de Noviembre de 1973	40

3.2.-	Sesión Nº 84 celebrada el día 4 de noviembre de 1974	43
3.3.-	Sesión Nº 85 celebrada el día 7 de noviembre de 1974, intervención del profesor Iván Hübner Gallo	43
4.-	Recepción del valor dignidad humana en la Carta Fundamental	50
4.1.-	Importancia de los valores positivados en nuestra Constitución, en especial el valor de la dignidad humana	52
4.2.-	Ejemplo de aplicación de valores y principios por órganos del Estado distintos a los órganos jurisdiccionales	56
4.3.-	Ejemplo de aplicación de valores y principios por los órganos Jurisdiccionales	59
4.4.-	Necesidad de coherencia entre valores, principios y preceptos constitucionales y los valores y principios medio ambientales	61
5.-	*Derecho Humano a un Medio Ambiente Sano*	63
6.-	Tratados Ambientales y el Soft Law Ambiental	85
6.1.-	Aspectos generales	85
6.2.-	Soft Law	86
6.3.-	Soft law ambiental	88

6.4.- Tratados Internacionales Ambientales 97

6.4.1.- Aspectos generales 97

6.4.2.- Tratados internacionales ambientales 98

6.4.2.1.- Tratados ambientales propiamente tales 99

6.4.2.1.1- Tratados ambientales autoejecutables 100

6.4.2.1.2.- Tratados ambientales no autoejecutables 106

6.4.2.2.- Tratados Internacionales con Incidencia Ambiental 106

6.4.3.- Importancia de la clasificación 108

Capitulo II

Tratados ambientales que protegen el medio ambiente marino de la contaminación

1.- Aspectos generales 110

2.- Tratados ambientales, principios del derecho internacional del medio ambiente y ciertos derechos esenciales recogidos por la Constitución Política de Estado 110

3.- Tratado Antártico 111

3.1.- Antecedentes generales, análisis del Preámbulo y referencia al Sistema Antártico 111

3.2.- Recomendaciones, importancia en el desarrollo del Tratado Antártico y su valor jurídico 112

3.3.- Ejemplo de la *Recomendación XVIII-1* de 1994 al Tratado Antártico, que a su vez forma parte del Sistema Antártico 114

3.4.-	Objeto y análisis normativo del Tratado Antártico	116
3.5.-	Ámbito de aplicación del Tratado Antártico	117
3.6.-	Alcance de las normas del Tratado Antártico y de la expresión nadie de su artículo 10º	117
4.-	Tratado de Tlatelolco o Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe	119
5.-	Convenio de Londres o Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias (LC/72)	122
5.1.-	Aspectos generales y análisis de su Preámbulo	122
5.2.-	Análisis del concepto vertimiento en el Convenio de Londres	124
5.3.-	Principio de la responsabilidad común pero diferenciada recogido en el Convenio de Londres	128
5.4.-	El principio precautorio recogido en el Convenio de Londres	130
5.4.1.-	Orígenes del Principio Precautorio	130
6.-	Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural o Convención sobre el Patrimonio Mundial	136
6.1.-	Antecedentes generales y análisis del preámbulo	136
6.2.-	Análisis normativo de la Convención del Patrimonio Mundial	138

6.3.-	Amplitud del concepto Patrimonio Natural	139
6.4.-	Órganos que implementan la Convención del Patrimonio Mundial	139
6.5.-	Principios del derecho internacional del medio ambiente que destacan en la Convención del Patrimonio Mundial	141
6.5.1.-	Principio de la prevención	141
6.5.2.-	Principio del derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de la jurisdicción nacional	141
6.5.3.-	Principio del patrimonio común de la humanidad	142
6.5.4.-	Principio de buena vecindad y cooperación internacional	143
7.-	Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antártico	145
8.-	Convención Ramsar o Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas	147
8.1.-	Aspectos generales, análisis del preámbulo y relevancia de los humedales	147
8.2.-	Análisis normativo del convenio Ramsar	152
8.3.-	A nuestros órganos del Estado y en especial a nuestros órganos Jurisdiccionales	155

8.3.1.-	Prevalencia del Tratado sobre la Ley	155
8.3.2.-	Referencia a los principios generales de derecho internacional contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969	161
8.3.3.-	Normas ius cogens y principios generales de derecho internacional	162
8.3.4.-	Características de las normas de ius cogens	163
8.3.5.-	Derechos humanos como norma ius cogens	165
8.3.6.-	Alusión al pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las normas de ius cogens	166
8.3.7.-	Actas Oficiales de la Comisión Constituyente y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación	171
8.3.7.1.-	Sesiones Ambientales	175
1º.-	Sesión Nº 18 celebrada el día 22 de noviembre de 1973	175
2º.-	Sesión Nº 120 celebrada en 13 de mayo de 1975	177
3º.-	Sesión Nº 186 celebrada el día 9 de marzo de 1976	178
3º.1.-	Objeto del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación	186
3º.1.1.-	Planteamiento de Evans de la Cuadra y la mayoría de la doctrina nacional	186
3º.1.2.-	Planteamiento del profesor Jorge Bermúdez Soto	188
3º.1.3.-	Planteamiento del profesor Andrés Bordalí Salamanca	199
3º.1.4.-	Planteamiento de Rafael Vargas Miranda	205
3º.1.5.-	Nuestro Planteamiento	207

3º.1.5.1.- Aspectos generales 207

3º.1.5.2.- El derecho humano a vivir en equilibrio ecológico como objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación 216

3º.1.5.3.- Simbiosis jurídica 222

3º.1.5.4.- Importancia de la simbiosis jurídica 227

4º.- Sesión Nº 412 celebrada el día 7 de septiembre de 1978 228

5º.- Sesión Nº 414 celebrada el día 27 de septiembre de 1978 228

8.4.- Análisis de las sentencias recaídas en el caso Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter 230

8.4.1.- Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia 230

8.4.1.1.- Comentario general 230

8.4.1.2.- Análisis de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia 232

8.4.1.3.- Análisis de la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia 246

9.- Convención para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste o Convención de Lima 262
10.- Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos 265
10.1.- Aspectos generales 265
10.2.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 1992 que aplica este Protocolo 268

11.- Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfroterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación 269
11.1.- Aspectos generales y preámbulo 269
11.2.- Análisis normativo del Convenio de Basilea 270
11.3.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza la aplicación de este Convenio 273
11.4.- Comentario a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1994 que rechaza la aplicación de este Convenio 276
11.4.1.- Interpretación amplia del termino control 276
11.4.2.- Alcance del Convenio de Basilea 277
11.4.3.- Alusión a la doctrina denominada protección de oficio 277

11.4.4.-	El escudo de los esenciales	279
12.-	Tratado Internacional entre las Repúblicas de Chile y Argentina sobre el Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre Protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos	287
13.-	Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva	290
13.1.-	Aspectos generales	290
13.2.-	Análisis de sus normas y en especial de aquellas que establecen el ámbito de aplicación	292
13.3.-	Paralelo entre el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva y el Convenio de Londres	295
13.4.-	Similitudes entre ambos Convenios Internacionales	298
13.5-	Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la contaminación Radiactiva y la ley de Seguridad Nuclear	300
13.6.-	Interpretación armónica entre el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva y la ley de Seguridad Nuclear	303
13.7.-	Transportes Marítimo de Materiales y/o Sustancias Nucleares	307
13.7.1.-	Aspectos generales	307
13.7.2.-	¿Prohíbe o no nuestra legislación de fuente nacional expresamente el transporte marítimo de material y/o sustancias nucleares?	308
13.7.3.-	¿Puede restringirse, suspenderse o prohibirse el transporte de materiales y/o sustancias nucleares?	311
13.7.4.-	Convenio de Basilea y el Transporte de Desechos Radiactivos	318

13.7.4.1.- Interpretación armónica entre la legislación de fuente interna y externa y de nuestra Carta Fundamental que permite aplicar el Convenio de Basilea a los desechos radiactivos 319
13.7.4.2- Tratados Internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico que regulan en forma general o especial, materiales y/o sustancias nucleares 319
13.7.4.3.- Tratados que se excluyen de la regulación de los movimientos transfronterizos de desechos radiactivos 320
1º.- Se excluyen la Convención de Londres de 1972, y el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la contaminación radiactiva 320
2º.- Se excluye el Tratado de Tlatelolco 320
3º.- Se excluye el Tratado Antártico 321
4º.- Se excluye la Convención del Mar de 1982 321
5º.- Finalmente nos encontramos con la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares 324
13.7.4.4.- Convenio de Basilea y la regulación de los desechos radiactivos 326
14.- Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras 329
14.1.- Aspectos generales 329
14.2.- Análisis normativo del Protocolo de Paipa para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras 331
15.- Convención del Mar de 1982 336
16.- Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente o Protocolo de Madrid 339

17.- Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional y sus Anexos 344
17.1.- Aspectos generales y análisis de su preámbulo 344
17.2.- Análisis normativo del Convenio de Rótterdam 345
17.2.1.- Alcance del artículo 9º del Convenio a propósito de la información confidencial 346
17.2.2.- Interpretación del termino información confidencial comprendiendo a la información sobre la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente 348
17.2.3.- Caso hipotético 349
17.2.4.- Sentencia del Tribunal Constitucional 350
17.2.5.- Comentario sobre la solución a que se arriba en la Sentencia del Tribunal Constitucional 361
17.3.- Anexos del Convenio de Rótterdam 367
17.4.- Algunos principios ambientales recogidos en el Convenio de Rótterdam 370
17.4.1.- Principio de la cooperación internacional y de buena vecindad 370
17.4.2.- Principio del libre acceso a la información 370
18.- Convenio de Estocolmo o Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y sus Anexos 371
18.1.- Aspectos generales y análisis del preámbulo 371
18.2.- Análisis normativo del Convenio de Estocolmo 374
18.2.1.- Amplio derecho a la información recogido por el artículo 10º

del Convenio de Estocolmo 378
18.2.1.1.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trillium e información confidencial 378
18.2.1.2.- Principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado 379
18.3.- Principio de participación ciudadana o del acceso a la información recogido en el Convenio de Estocolmo 381
18.4.- Solución de controversias en el Convenio de Estocolmo 383
19.- Conclusiones 384
Palabras finales
Bibliografía

Resumen

Esta memoria en una primera parte desarrolla con especial énfasis el valor plasmado en la Constitución Política de la República de Chile, *dignidad humana*, a fin de destacar como este valor que ha sido consagrado con carácter universal desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con anterioridad a nivel regional en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, recoge y ampara no sólo los clásicos derechos humanos, como asimismo los derechos de la solidaridad, en particular el derecho humano a un entorno sano o equilibrado o libre de contaminación peligrosa; sino también, a todos los principios de derecho internacional del medio ambiente que han sido incorporados al ordenamiento jurídico chileno.
En una segunda parte se desarrolla el tema de la contaminación del medio ambiente marino, analizando la gran mayoría de las Convenciones Internacionales que han sido incorporadas por la República de Chile sobre este tema, con exclusión de aquellas convenciones que regulan la contaminación marina por hidrocarburos. Este análisis se realiza no sólo desde una perspectiva del derecho internacional del medio ambiente sino que relacionándolo con el derecho constitucional, legislación ambiental de fuente nacional y derechos fundamentales como la vida, salud, vivir en un medio ambiente sano, expresión y otros; derechos fundamentales que por lo demás, a causa de la contaminación, se asocian o alianzan, de manera que la protección proporcionada a uno de estos derechos beneficia a todos los demás. Esto último lo hemos denominado simbiosis jurídica, como concepto analógico de la simbiosis mutualista que se verifica en la naturaleza**.** Lo anterior permite demostrar que no obstante el carácter autónomo del objeto derecho a vivir en un medio ambiente sano, no impide que se encuentre este derecho en alianza junto a otros derechos fundamentales que puedan verse afectados a causa de la contaminación. Esta asociación o simbiosis mutualista permite una protección bastante amplia de tales derechos, y además entrega una herramienta interpretativa al sentenciador en el evento que deba decidir entre derechos fundamentales que se puedan encontrar en colisión a causa de la contaminación, como ocurre comúnmente entre el derecho a la vida, salud o vivir en un medio ambiente sano y el derecho a desarrollar una actividad económica o el derecho de propiedad.

Palabras Clave: Dignidad Humana, Derechos Humanos, Derechos de la Solidaridad, Derecho Humano a un Entorno Sano, Derecho Constitucional Ambiental, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Principios del Derecho Internacional del Medio Ambiente, Contaminación Marina, Tratados Ambientales, Simbiosis Jurídica.

Summary

The first part of this report emphasizes the value -Human Dignity- reflected in the Constitution of the Republic of Chile. The objective is to enhance how this foresaid value devoted worldwide since the Universal Declaration of Human Rights and regionally since the Declaration of Human Rights and Responsibilities of 1948 compiles and includes not only the classic human rights but also the rights for solidarity. This relates, in particular, to the human rights for a healthy and balanced environment, free of dangerous pollution and, it supports all the principles for the international environmental law that has been incorporated into the Chilean Legal System.

The second part of this report reviews the sea pollution by analyzing the majority of the International Conventions adopted by the Chilean Republic in relation to this topic. For purpose of this report, the sea pollution by hydrocarbon has been excluded. The present analysis has been carried out not only from the international environmental law's point of view but also considering the Constitutional Law, the domestic environmental legislation, and the fundamental rights such as life, health, healthy environment, speech and others. Due to environmental pollution, these rights are related to or linked since the consideration given to one of the above-mentioned rights benefits all the others. This has been called "Legal Symbiosis", a concept similar to mutual symbiosis which has been proven in nature. This provides the judge with an explanatory tool in case a decision should be taken regarding fundamental rights that might clash as a result of pollution; as it may occur, for example, to the right for life, health within a healthy environment and the right for doing business and property right.

Key Words:

Human Dignity, Human Rights, Right for Solidarity, Human Right for a Healthy Environment, Environmental Constitutional Law, International Environmental Law, Principles for Environmental International Law, Sea Pollution, Environmental Agreements, Legal Symbiosis.

Presentación

La memoria que pasaremos a desarrollar se encuentra estructurada en base a una introducción y dos capítulos. La introducción denominada la "*Importancia del mar y la necesidad de su protección*", se ha desarrollado desde una perspectiva histórica-regional tomando como base la Declaración de Santiago de 1947 y su posterior desarrollo por los demás instrumentos internacionales. Se destaca la enorme importancia del mar para Chile y el Continente Americano, finalizando esta breve introducción con una referencia al mar presencial.

En el capítulo I denominado "*Valores, principios y derechos fundamentales*", se desarrolla desde una perspectiva histórica-jurídica, cómo los valores –en especial la dignidad humana- recogidos en las diversas Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, universales o regionales; luego en las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, verbigracia, en los Pactos Internacionales que recogen la Declaración Universal de Derechos Humanos, o Convenciones Regionales como la Convención Americana de Derechos Humanos; y posteriormente en nuestro país, en las Actas Constitucionales, en especial aquella en que intervino el profesor *Hübner Gallo*, a propósito de los derechos humanos y luego en la Constitución Política de 1980; y el *copioso soft law ambiental* que se ha generado principalmente a partir de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972; no sólo han ayudado a fundamentar y orientar los ordenamientos jurídicos del mundo y en particular, a nuestra Carta Fundamental, sino que también estos valores que han sido positivados, han reconocido, recogido y amparado todos los principios del derecho internacional del medio ambiente, como asimismo, los derechos fundamentales, no sólo

los de primera y segunda generación sino también los derechos de tercera generación o derechos de la solidaridad, tema en el que se ha desarrollado el derecho humano a un medio ambiente sano, estableciéndose en ese análisis, un esbozo del concepto que hemos denominado *simbiosis jurídica*. Finalmente termina el capítulo distinguiéndose entre el soft law ambiental y los tratados ambientales.

En el capítulo II denominado "*Tratados ambientales que protegen el medio ambiente marino de la contaminación*", se analiza la gran mayoría de las Convenciones Internacionales sobre el medio ambiente que directa o indirectamente ayudan a prevenir la contaminación del medio ambiente marino y que han sido *incorporadas* a nuestro ordenamiento jurídico interno. Se excluyen de este análisis las Convenciones Internacionales referidas a la contaminación del mar por hidrocarburos, y las normas sobre responsabilidad en materia ambiental. Se debe destacar que algunas Convenciones Internacionales han sido desarrolladas relacionándolas con algunos principios constitucionales recogidos en la Constitución de 1980 como lo son; el principio de la vinculación directa de la Carta Fundamental, el principio de la supremacía constitucional y el de la soberanía nacional, entre otros. Además ciertas Convenciones son desarrolladas en relación con algunos derechos fundamentales, en especial el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se debe destacar además que se abarca con especial énfasis la Convención Ramsar incluyendo el análisis de las sentencias de primera y segunda instancia distadas por nuestros Tribunales de Alzada. Finalmente diremos que en este Capítulo se termina de esbozar el concepto de simbiosis jurídica, que se extrae analógicamente del concepto simbiosis mutualista que se utiliza en el área de las ciencias ambientales. Lo anterior fue desarrollado tanto para demostrar el carácter autónomo del objeto del derecho a

vivir en un medio ambiente libre de contaminación como a su vez lo palpable de su conexión o alianza con otros derechos fundamentales que *no lo privan de su autonomía*. Agregaremos finalmente que el concepto de simbiosis jurídica sirve además de herramienta hermenéutica al órgano sentenciador cada vez que se encuentren en colisión derechos fundamentales como la vida, salud, vivir en un medio ambiente libre de contaminación, expresión y otros, con el derecho al desarrollo de cualquiera actividad económica o el derecho de propiedad. Además debemos acotar que esta memoria parte de la base que las Convenciones Internacionales, y entiéndase por ellas un concepto amplio -que incluye Tratados, Acuerdos, Protocolos, Enmiendas, y otros instrumentos jurídicos internacionales vinculantes-, al ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico *prevalecen a la ley*,- y se explica por qué- debiendo en consecuencia el sentenciador hacerlos respetar en caso de conflicto con alguna ley interna. Además se debe acotar que el término derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o derecho a un entorno sano o derecho a vivir en equilibrio ecológico, se usan indistintamente como términos sinónimos. A su vez, se debe tener presente, que en el desarrollo de cada tema siempre se parte de la base que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es un derecho humano, y que las convenciones internacionales sobre el medio ambiente son tratados sobre derechos humanos. Por último, se incluyen lo que se ha denominado *palabras finales*, que sin tener necesariamente un contenido jurídico tienen un sentido ambiental, lo que ayuda a reflejar en un leguaje libre todo aquello que a través de las normas jurídicas no se ha podido expresar.

Hecha las prevenciones, pasaremos a desarrollar nuestra memoria de grado, *que se dedica también a toda la comunidad universitaria y valdiviana*.

Introducción

Importancia del mar y la necesidad de su protección

Quizás una de las primeras declaraciones *con contenido ambiental* emitida por nuestra República ha sido la Declaración Presidencial de 1947 pronunciada por el Presidente de la República de la época Sr. *Gabriel González Videla*. La importancia de éste acto jurídico internacional unilateral proclamada de cara al mar, *y con la soledad que acompaña a los pioneros y navegantes*, radica por un lado en la *extensión de la soberanía nacional* sobre todo el zócalo continental adyacente a las costas continentales e insulares del territorio nacional- soberanía absoluta, destaca el profesor *Hugo Llanos Masilla*-, como asimismo sobre los mares adyacentes a sus costas, en ambos casos, cualquiera que sea la profundidad de estos[1]-soberanía restringida acota el profesor Llanos-; y por otro lado, en la creación de una zona marítima no sólo para reivindicar todas las riquezas naturales que existen sobre el zócalo, en él y bajo él –acotamos que comprende dicha zona-, sino también para preservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales de cualquier naturaleza que sobre los mares –acotamos de esta zona marítima-, en ellos y que bajo ellos se encuentren[2].

Así entonces se desprende de esta declaración que la soberanía que se pretende ejercer sobre dicha zona marítima -que abarca el mar comprendido dentro del perímetro formado por una *paralela matemática* proyectada desde las costas continentales y de sus islas en el mar, que se extiende hasta las doscientas millas marinas de distancia[3]- es una soberanía *de carácter restringido* –como destaca el profesor *Hugo Llanos Mansilla- limitada a la protección, conservación y aprovechamiento de los recursos*

[1] Extraído y redactado tomando como base la Declaración Presidencial de 23 de junio de 1947, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.sonapesca.info/info.asp?Ob=3&Id=4
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.

contenidos en los mares, en ellos y bajo ellos", denotando un claro *fundamento económico* al pretender impedir la caza y pesca marítimas en perjuicio de los habitantes de Chile[4].

Así entonces, partiendo de la base de un móvil político-económico como impulso de esta declaración, creemos que con la creación de una zona de protección de caza y pesca marítima se recogen algunos principios del derecho internacional del medio ambiente, como la *prevención*, que no obstante desarrollarse con más propiedad a partir de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, ya estaba se estaba empezando a incorporar a las normas de derecho internacional sobre todo si se tiene en cuenta la *Convención de Washington* suscrita por nuestro país para la protección de la flora y fauna como de las bellezas escénicas naturales de América, en 1940.

El principio de la prevención se manifiesta claramente en la necesidad de proteger, conservar y preservar los recursos marinos vivos como no vivos, a fin de impedir una explotación depredadora de estos recursos que se encuentran en la zona marítima demarcada, por parte de las potencias pesqueras extranjeras, en perjuicio de los habitantes de chile, nuestro país y del continente americano.

Es más, si se tiene en cuenta que esta declaración presidencial –como nos recuerda *Hugo Llanos Mansilla*- no sólo dio inicio a una oleada de reivindicaciones a nivel latinoamericano, sino que influyó decisivamente en la "*Declaración de Santiago sobre Zona Marítima*", de 1952, -*tratado trilateral* acordado por Chile, Ecuador y Perú proclamando una soberanía y jurisdicción sobre las aguas, lecho y subsuelo marino, hasta una distancia de 200 millas marinas[5]-, instrumento internacional que junto con

[4] Hugo Llanos Mansilla, *la creación del nuevo derecho del mar: el aporte de chile*. Editorial jurídica de Chile, Santiago (1991), página 84.
[5] Idem.; página 85.

contener importantes fundamentos para la nueva creación del derecho del mar –como destaca *Gamboa Serazzi*- sus bases se encuentran fundadas en las *praderas de plancton y enorme población ballenera y de cachalotes*, que se extendía incluso más allá de las 200 millas, coincidiendo con la corriente fría de *Humboldt* proveniente de la Antártica[6].

Además en esta declaración, se asoma soterradamente *un esbozo del principio de desarrollo sustentable* porque *se protegen los recursos hidrobiológicos de una explotación depredadora*, que va más allá de la utilización racional de los recursos marinos, con el objeto de impedir en beneficio de los habitantes de Chile, de nuestro país y del Continente Americano, que tales recursos sean mermados o agotados. En este sentido se lee en la Declaración Presidencial de 1947 en su punto 2º que "…con el objeto de impedir que las riquezas de este orden sean explotadas en perjuicio de los habitantes de Chile y mermadas o destruidas en detrimento del país y del Continente Americano".

Creemos además que esta declaración tuvo la *audacia* de adoptar una política defensiva de nuestros recursos marinos –como expresa *Fernando Gamboa Serazzi*- a fin de proteger la industria marítima nacional, asediada por los apetitos de las potencias pesqueras del mundo[7] y tuvo la *fineza y astucia* de *intentar* compatibilizar dos teorías en pugna que fueron desarrolladas para ejercer sobre el mar, soberanía y defensa de territorio por parte de las naciones con tradición marítima.

La teoría del *mare liberum*, fue desarrollada en el siglo XVII, por el holandés *Hugo Grocio*, que abogaba por la libertad de los mares, considerándolo *res communis*, es decir, cosas comunes a todos los pueblos y sobre el que todos tendrían derechos, teoría

[6] Fernando Gamboa Serazzi, *historia del desarrollo jurídico chileno sobre el derecho del mar: Chile país marítimo por excelencia*. Revista Derecho Mayor, Universidad Mayor, Nº 3 octubre (2004) Santiago, Chile; página 312.
[7] Idem.; página 309.

que tuvo como antecedente el *principio* enunciado por –el sacerdote, teólogo y profesor de la Universidad de Salamanca-, Fray Francisco Vitoria que se denominó *ius communicationis* o el derecho de los pueblos de la tierra a usar los mares como medio de comunicación entre ellos[8].

El padre del derecho internacional expuso en el año 1537, en su relación llamada "*de los indios*",- destaca *Jorge Martínez Busch*- que "no era lícito de los bárbaros negar a los españoles la comunicación y participación de todas aquellas cosas que entre ellos sean comunes", o que "las cosas que no son de ninguno por el derecho de gentes son del que las ocupa". Luego si el oro, las perlas del mar o cualquier cosa de los ríos no es propiedad de nadie, por derecho de gentes serán del ocupante, como los peces en el mar.

Comenta *Martínez Busch*, que los planteamientos antes señalados son de origen teológico y persiguen en última instancia, lo que Vitoria denomina "*el bien común de todos*", como un propósito de dignificar a todos los hombres del mundo. En este concepto esta el *viejo sueño de una república cristiana* buscada como un ideal por los políticos medievales, donde sobresale la influencia de las proposiciones de Santo Tomás de Aquino. El uso y dominio de las cosas del mar, serán lo mismo y por eso es lícito para este bien común de la humanidad, centrar el tema en la naturaleza del hombre. Agrega *Martínez Busch*, que muy diferente es el concepto que plantea Hugo Grocio refiriéndose a la libertad de los mares, quien concibe el uso del mar como una parte de la concepción del poder del Estado.

Las ideas expuestas del mare liberum -acota *Martínez Busch* refiriéndose al internacionalista *James Brown Scott*- fueron escritas para rechazar los injustificados

[8] Hugo Llanos Mansilla, Ob.Cit. en nota 4; página 17 y 18.

reclamos sobre la Alta Mar que hicieron España y Portugal en un intento de excluir de estas áreas a terceros países interesados en su utilización. Luego el tema era para Grocio las cosas materiales, el buque y la carga[9].

Por su parte el profesor *Hugo Llanos Mansilla* destaca que Grocio basa su teoría del *mare liberum* en que las aguas de los mares son concebidas como *res extra comercium -cosas fuera del comercio-, ya que, como el* mar es un elemento móvil y fluido y los seres humanos no pueden estacionarse en él de modo permanente como en la tierra, en donde los seres humanos puedan radicarse y ejercer sobre ella un poder continuo y efectivo, y por tanto esta puede ser objeto de apropiación al ser objeto de ocupación; no ocurre lo mismo con el Mar, ya que su naturaleza física le impide ser objeto de apropiación.

Otra argumento desarrollado por Grocio -destaca el profesor *Llanos- dice relación con que el Mar forma parte de una comunidad primitiva, pues en el origen la tierra y el mar se encontraban indivisas, perteneciendo a todos los hombres*. *Posteriormente la indivisión de la tierra cesa* debido a que su rendimiento depende del trabajo humano y éste no se ejerce sobre una tierra que no le pertenece. Es así que nace el derecho de propiedad. En consecuencia, es completamente inútil proceder a la partición de los mares en razón de sus condiciones particulares para su utilización. El mar está a libre disposición de los hombres, *no tiene necesidad de salir de la comunidad primitiva* y no es necesario establecer sobre ella una soberanía estática.

También se alude, que el derecho al libre comercio internacional es un derecho natural de los Estados *–destaca el profesor Llanos Mansilla-*. Los mares son los medios al servicio de este derecho, y por tanto, la libertad de los mares es el complemento

[9] Jorge Martínez Busch, *el mar presencial: un nuevo concepto unificador del derecho internacional del mar*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año 60 Nº 192, julio-diciembre (1992) Concepción, Chile; página 22 y 23.

necesario de la libertad de comercio, de las comunicaciones y del intercambio comercial. Esta es la voluntad de Dios, y todo acto humano que quiera abolir esta libertad o restringirla iría contra un derecho de justicia divina[10].

La teoría del *mare clausum* fue desarrollada por el inglés John Selden en 1618, quién sostenía en su obra, el derecho de apropiación de los mares que rodeaban el reino de Inglaterra. Los mares eran considerados *res nulluis*, esto es, cosas sin dueño y por tanto susceptible de apropiación. Su teoría más histórica que jurídica que impedía la pesca en el mar británico, se fundamenta en haber ejercido siempre sobre él derechos de policía, afirmando así su soberanía en esa zona marítima. John Selden compara el mar británico con un lago interior, susceptible de apropiación privada.

Agrega el profesor *Hugo llanos Mansilla que de la misma manera que el Mare clausum fue producto del mercantilismo, el Mare liberum del siglo XIX se debió al capitalismo expansivo de un mundo sin barreras importantes al comercio, sin aranceles, sin regulaciones del cambio, sin cuotas, monopolios estatales, subsidios para la defensa y otras manifestaciones de provincialismo económico*" [11].

A raíz del éxito de la Declaración Presidencial de 1947 –comenta el profesor *Fernando Gamboa Serazzi*- el gobierno de Chile decide organizar la Primera Conferencia para la Explotación y Conservación de las riquezas marítimas del Pacífico Sur, invitando a los representantes de Perú y Ecuador, a esta Conferencia en 1952. De ella nace la Comisión Permanente del Pacífico Sur, una Declaración sobre pesquerías en el Pacífico Sur, un Reglamento para las faenas de Caza Marítima en las Aguas del Pacífico Sur, y se adopta además, la Declaración de Santiago de 1952[12], que nace como el primer

[10] Hugo Llanos Mansilla, Ob.Cit. en nota 4; página 18.
[11] Idem.; página 20.
[12] La Declaración de Santiago de 1952 o Convenio sobre Organización de la Comisión Permanente de la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marinas del Pacífico Sur, suscrito en la ciudad de Santiago, Chile, el día 18 de agosto

instrumento internacional que contienen importantes fundamentos en la creación del nuevo derecho del mar[13]. Este Tratado Internacional, tuvo la virtud de crear una zona marítima de 200 millas marinas, incluidos soberanía y jurisdicción sobre los suelos y subsuelos correspondientes, lo que importaba a interpretación de *Ecuador y Perú*, extender los respectivos mares territoriales hasta las 200 millas ejerciéndose sobre dicha zona, una soberanía absoluta[14].

Este Acuerdo internacional de carácter regional trajo inmediatamente repercusiones internacionales, protestando el gobierno de EE.UU. y el Británico, expresando que no era procedente extender las aguas territoriales más allá de las 3 millas marinas, porque de lo contrario se usurparía áreas al Alta Mar[15].

La Declaración de Santiago de 1952, siguiendo los fundamentos económicos, y como hemos expresados más arriba, también tácitamente ambientales de la declaración presidencial de 1947, destaca en su preámbulo que los gobiernos a fin de asegurar a sus respectivos pueblos las condiciones de subsistencia y los medios para su desarrollo económico, *asumen el deber de conservación y protección de sus recursos naturales*, como también de impedir que una explotación de dichos recursos *fuera de los alcances de su jurisdicción*, ponga en peligro la existencia, integridad y conservación de esas riquezas en perjuicio de sus pueblos. Destacamos que esta última parte del preámbulo es totalmente *coherente con la tesis del mar presencial*, y nos atrevemos a decir, que constituye uno de los antecedentes esenciales de ella, que se desarrollará brevemente más abajo.

---

de 1952. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cpps-int.org/spanish/tratadosyconvenios/tratadosregionales/convenioexplotacionriquezasmarinas.htm

[13] Fernando Gamboa Serazzi, Ob.Cit. en nota 6; página 312.

[14] Idem.; página 312 y 313.

[15] Idem.; página 314.

Del articulado de la *Declaración de Santiago de 1952*, se desprende que por *factores geológicos y biológicos* que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la fauna y flora marítimas en las aguas que bañan las costas de los países declarantes, *hacen necesario la extensión del mar territorial para proteger sus recursos marinos*. Son evidentes los principios medio ambientales que se desprenden de esta parte de la declaración, como el principio de la prevención que subyace a fin de evitar la depredación de los recursos marinos, un esbozo de principio de desarrollo sustentable al intentar establecer una explotación racional de los recursos marinos para la subsistencia de los habitantes de sus pueblos, y el principio de cooperación y buena vecindad entre los países sudamericanos que la acordaron, a fin de implementar estos postulados tanto a nivel interno como internacional.

Ya en aquellos años, los *asesores* del presidente Gabriel González Videla, visualizaron la importancia de proteger nuestros recursos hidrobiológicos, entendieron que una explotación racional de tales recursos permitiría la subsistencia de nuestro pueblo, comprendieron que proteger el medio ambiente marino, importa también el desarrollo de las industrias pesqueras y de nuestra economía, en fin, la visión que nos han traspasado ha permitido valorar el mar como lo que es, nuestra fuente de alimentación para el presente y futuro, nuestra fuente de desarrollo económico en base a recursos renovables y no mono dependiente de los recursos mineros que más temprano que tarde se agotarán, nuestro puente de comunicación hacia el mundo, nuestra fuente de inspiración de poetas y escritores, en fin, *parte de nosotros que como el mar también somos agua*.

Esta Declaración además intenta armonizar dos teorías que rigen el derecho del mar desde siglos pasados esto es, la teoría del mare liberum y la teoría del mare clausum,

intento de armonización que se desprende de la misma Declaración al expresar después de proclamar la extensión de las soberanías de los Estados hasta las doscientas millas marinas, que "la presente Declaración no significa el desconocimiento de las necesarias limitaciones al ejercicio de la soberanía y jurisdicción establecidas por el Derecho Internacional *en favor del paso inocente e inofensivo, a través de la zona señalada para las naves de todas las naciones*".

Desde la *Declaración Presidencial de 1947*, cuyos postulados fueron reiterados por la *Declaración de Santiago de 1952*, -expresa el profesor *Hernán Varela Valenzuela*- se inició una intensa acción diplomática para sustentar la idea, concitando el interés de las Naciones Unidas, interés que se tradujo en la decisión de la *ONU* en convocar a las Conferencias que se desarrollaron a través de las décadas, sobre el derecho del mar. Se planteó básicamente como una contribución Americana, la necesidad de legislar internacionalmente codificando la costumbre, tratados bilaterales, acuerdos regionales, y práctica de las naciones en materia marítima[16].

El profesor *Hugo Llanos Mansilla* comenta que la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar se desarrolló en Ginebra 1958, para regular entre otras materias la anchura del mar territorial. Esta conferencia aprobó cuatro convenciones sobre el derecho del mar; "Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua; sobre la Alta Mar; sobre la Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar; sobre la Plataforma Continental". Sin embargo *no pudo adoptar ningún acuerdo sobre extensión de mar territorial y acerca de la anchura de una zona de pesca*. No obstante lo anterior luego de 15 años de negociaciones se logro arribar a acuerdo entre 119

[16] Hernán Varela Valenzuela, *declaración de Chile al ratificar la convención de las naciones Unidas sobre el derecho del mar*. Revista de derecho de la Universidad de Concepción, año LXVI, Nº 203 enero-junio (1998) Concepción, Chile; página 431.

delegaciones que suscribieron la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el día 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica.

Esta convención –expresa el profesor *Hugo Llanos*- consagra la unidad jurídica y política de los mares y océanos y sus usos. Regula todos los aspectos de los espacios oceánicos, *desde la delimitación de los espacios marítimos hasta la protección del medioambiente*, la investigación científica, las actividades económicas y comerciales, la tecnología y la solución a las controversias sobre cuestiones marítimas[17]. Como se señala en la introducción del texto oficial de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, "*el aspecto más saliente de ella es su base conceptual, esto es, la idea de que debía constituir un acuerdo global*"[18].

En esta Convención –expresa *Martínez Busch*- se plantea la utilización de los mares en forma decreciente, *desde una soberanía total a una soberanía mínima*. Así entonces, en las aguas interiores, es decir aquellas aguas que están hacia el Continente de las líneas de base rectas y en donde tienen la entera característica de territorio, se ejerce soberanía absoluta. En el Mar Territorial, el estado ejerce también plena soberanía con la *excepción de permitir el paso Inocente*. En la Zona Contigua, el Estado ejerce menos atribuciones y su *soberanía se limita al control sanitario, aduanero y de policía*.

En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño –comenta el *profesor Hugo Llanos*- ejerce *derechos de soberanía* para fines de exploración, explotación conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de la corrientes y de los vientos.

[17] Hugo Llanos Mansilla, Ob.Cit. en nota 4; página 304.
[18] Idem.; página 283.

El término derecho de soberanía, y no soberanía, satisfizo a quienes no querían que la zona económica exclusiva se asimilara al Mar Territorial. La expresión derechos de soberanía indica que *no se ejerce soberanía plena* en ella. Es una *soberanía funcional*, cuyo objeto es el ámbito económico. *Es en consecuencia una soberanía económica*[19].

En el Alta mar –destaca *Martínez Busch*- la soberanía desaparece y surge, en cambio, la libertad de los mares[20].

Es más, se debe destacar –expresa el profesor *Gamboa Serazzi*- que el gran triunfo de nuestro país se obtuvo en la creación de una zona de 200 millas, en la cual los países costeros tendrían jurisdicción y soberanía sobre las riquezas marinas allí contenidas, para diferenciar la zona del concepto de mar territorial. Baste mencionar –destaca el profesor *Gamboa Serazzi*- que los países latinoamericanos habían acordado en Santo Domingo, República Dominicana, en el año 1972, el concepto de mar patrimonial, defendido por el canciller de la época, Gabriel Valdés Subercaseaux[21].

Si bien la Convención no satisface plenamente los intereses de ningún Estado en particular –expresa el profesor *Hugo Llanos*-, ha logrado, sin embargo, armonizar los intereses contrapuestos de cada uno de ellos. La Zona económica exclusiva constituye la figura jurídica más relevante de la Convención, junto al régimen de los fondos marinos, y a su aceptación por la comunidad internacional no hace sino resaltar su importancia, *considerando que cubre el 36% de los océanos y proporciona el 98% de las pesquerías*.

[19] Idem.; página 304.
[20] Jorge Martínez Busch, Ob.Cit. en nota 9; página 14.
[21] Fernando Gamboa Serazzi, Ob.Cit. en nota 6; página 318.

Datos de importancia que sin duda se han tenido en consideración desde la declaración presidencial de 1947 como también en la teoría del mar presencial, desarrollada por el almirante de la época *Jorge Martínez Busch*.

En el punto 5º de la declaración de Chile al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, efectuada por el presidente *Eduardo Frei Ruiz-Tagle* al emitir el instrumento de ratificación de la Convención, el día 23 de junio de 1997, se desprende –como destaca el profesor *Varela Valenzuela*- que *junto con la necesidad de cuidar lo recursos vivos de la zona económica exclusiva* de Chile de manera que la pesca se mantenga como una fuente económica importante en el desarrollo del país; se plantea la *necesidad de conservación de la familias de peces* que junto con habitar la zona económica exclusiva *se encuentran también en el área adyacente al mar*, por lo que nuestro gobierno insta a las naves que pesquen en esas aguas a celebrar acuerdos con Chile, en su calidad de Estado ribereño, a fin de preservar tales poblaciones o especies asociadas, con lo que *se hace una clara referencia y sustentación del concepto de mar presencial*. Agrega el profesor que la defensa de dichas especies en continuo desplazamiento de una a otra zona parece justificar tal teoría en lo que respecta a los recursos vivos del mar y su protección como fuente de reserva económica para el Estado Ribereño[22].

El océano –comenta *Martínez Busch*- no es un espacio ilimitado, es un elemento frágil que sufre la acción humana y se lo debe considerar como una reserva controlada de recursos, ya que, probablemente ésta sea la única solución al problema de la alimentación en el siglo XXI, y por tanto, en alguna medida el océano manejado, va a sustituir a la tierra y con una gran ventaja, porque dado el enorme volumen que tiene, las posibilidades que ocurra un agotamiento van a ser inferiores si se explota con el

[22] Hernán Varela Valenzuela, Ob.Cit. en nota 16; página 434.

concepto de manejo[23]- agregamos- sustentable. *Jorge Martínez Busch* se formula las siguientes preguntas, ¿qué hacer si la depredación en la Alta Mar agota las fuentes naturales de recursos que hay en la zona económica exclusiva? ¿Qué pasará en el futuro con sus cultivos?. Y esto último –expresa *Martínez*- tiene importancia porque hoy estamos dedicados a la pesca de extracción, pero en el futuro vamos a tener la pesca de cultivo. Comenta que si se interrumpen las cadenas hidriobiológicas en este sector, evidentemente se rompe la llegada de las especies que siguen en el caso nuestro la corriente de Humboldt, rica en alimentos, -agregamos, por ejemplo la especie *trachurus simmetricus murphy*, denominada comúnmente jurel-.

Entonces es necesario concebir una soberanía que Martínez Busch denomina *de subsistencia*, que se debe ejercer sobre una *zona de amortiguación* comprendida entre la zona económica exclusiva y la alta mar. Es de subsistencia -destaca el autor- porque la depredación de la pesca y la interrupción del ecosistema de Humboldt en la zona de amortiguación, nos va a afectar en la zona económica exclusiva, las acciones que aquí se producen rompen en cadena su desarrollo al interior, conforme a sus características geográficas[24].

[23] Jorge Martínez Busch, Ob.Cit. en nota 9; página 8.
[24] Idem.; página 13 y 14.

Capitulo I "valores, principios y derechos fundamentales".

1.- Aspectos generales

A raíz de la Segunda Guerra Mundial y sus horribles consecuencias, muertes, matanzas, exterminios, atrocidades y horrores indescriptibles, con sus millares de almas inocentes que se llevó el decreto *Nacht und Nebel*[25], la comunidad internacional reacciona y liderados principalmente por las cuatro potencias victoriosas, se reúnen el 25 de abril de 1945 en la ciudad de San Francisco, E.E.U.U., para promover e impulsar la constitución de una nueva organización internacional, sucesora de la *Liga de Naciones*, la cual había colapsado en su función de garante de la paz y seguridad internacional. Nace la Organización de Naciones Unidas, cuyo documento constitutivo denominado *Carta de San Francisco*[26], entró en vigor, el 24 de Octubre de 1945, siendo suscrito originariamente por los 51 países presentes en la Conferencia, quienes constituyen sus miembros fundadores[27]. La *Carta de las Naciones Unidas*, surge –nos comenta *Hernán Santa Cruz*- como un tratado internacional de amplitud y significación sin precedentes, y que en su parte preambular se lee que fue redactada en nombre de los *pueblos del mundo*, a fin de constatar, sin duda alguna, *la voluntad de una humanidad lacerada*,

[25] El Decreto Noche y Niebla o decreto *Nacht und Nebel* en Alemán., fue una directiva del gobierno de la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial para la eliminación de oponentes políticos y prisioneros de guerra, una especial violación de la Convención de Ginebra y que se ejecutaba de manera deliberada a no conservar testimonio o registro de los hechos y sus circunstancias. Para la aplicación del decreto se autorizaba el aislamiento y deportación del prisionero en territorio del III Reich desde el país ocupado. La consigna era de no transmitir ninguna información sobre el destino o el lugar de la muerte, llegado el caso. El campo de Struthof-Natzweiler acogió muchos de éstos prisioneros en cuyos uniformes se inscribían las *siglas N.N*. Una característica fundamental de la directiva es que permitía la aplicación secreta de la pena, sin dejar testimonio o pruebas sobre las circunstancias y término de la misma, de ahí el uso eufemístico de las palabras Noche (Nacht) y Niebla (Nebel). El decreto Nacht und Nebel, es considerado uno de los *precedentes históricos en materia de violación de los derechos humanos* por parte de *diversos regímenes de la segunda mitad del siglo XX*. *La figura del desaparecido como víctima de prácticas de limpieza étnica o de políticas represivas en América Latina, que como país también vivimos, son algunos ejemplos contemporáneos*.

[26] El texto de la Carta de San Francisco o Carta de las Naciones Unidas se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/

[27] Alex Amado Rivadeneyra, *evolución del derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 18 sept-dic (2006), disponible en formato pdf en, http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num18/art_jcos18.html

que salía de una atroz pesadilla de 20 años y no deseaba verla repetirse en su propia vida ni en la de las generaciones venideras[28].

Se comienza, entonces, a recoger y consagrar paulatinamente en los Instrumentos Internacionales posteriores a la Carta, *el valor de la dignidad humana*, y no sólo en declaraciones internacionales como, la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, y luego por la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, sino que también en décadas posteriores, se incorpora éste valor, en los ordenamientos jurídicos internos de los distintos Estados miembros de las Naciones Unidas, a través de convenciones internacionales como el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, e incluso a nivel regional, a través de la Convención Americana de Derechos Humanos y posteriormente en su *Protocolo Adicional San Salvador*, y siempre teniendo presente –como expresa la profesora *Luz Bulnes Aldunate*- que las Constituciones que surgen después de la guerra, son una reacción a los actos de barbarie ultrajantes que se habían cometido, pasando la Carta Fundamental a ser la real garantía de los derechos, por lo que hoy se habla del Estado Constitucional de Derecho[29].

2.- Recepción del valor dignidad humana en el orden jurídico internacional

2.1.- Carta de San Francisco o Carta de las Naciones Unidas

En Abril de 1945 –comenta *Mary Ann Glendon*-, cuando los delegados de 50 países se reunieron en San Francisco para hacer los últimos retoques al documento fundacional propuesto para la *ONU*, los representantes de los países de América Latina y el Caribe

[28] Hernán Santa Cruz, *la creación de las Naciones Unidas y de la Cepal*. Revista de la Cepal N° 57 diciembre (1995), pp. 17-32. Referencia extraída del Capitulo I punto 2. Carta de las Naciones Unidas. Disponible en formato htm, en la siguiente dirección electrónica: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/19118/santacruz.htm

[29] Luz Bulnes Aldunate, *principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona humana frente a la jurisprudencia*. Revista Actualidad jurídica, Universidad del Desarrollo, Nº 10 julio (2004), Santiago, Chile; página 121.

llegaron con el firme propósito de conseguir que se incluyera un código de derechos internacionales, idea que estaba bastante lejos de las mentes de los líderes aliados –*Churchill, Roosevelt y Stalin*- que convocaron la conferencia. Estos líderes pretendían un acuerdo colectivo de seguridad para el período de postguerra, en donde los derechos humanos contaban tan poco, que se mencionaron sólo una vez en el borrador de constitución de la declaración[30].

La autora nos comenta que el contingente Latinoamericano pretendía una visión más amplia de la nueva organización que incluía la protección de los Derechos Humanos, formando el bloque mayor de manera que se encontraban en posición de ejercer presión a fin de que se discutiera este tema. Es más, como los delegados latinoamericanos habían dedicado tiempo a pensar sobre los derechos humanos a nivel supranacional, ya que en 1938 la Conferencia Inter-Americana predecesora de la *OEA* adoptó una declaración en defensa de los derechos humanos, en su octava reunión, en Lima, Perú. Rezaba la Declaración –como nos recuerda *Mary Ann Glendon*- estableciendo que *el recurso a la guerra en cualquier región del mundo debería respetar los derechos humanos no necesariamente involucrados en el conflicto, los sentimientos humanitarios, y la herencia espiritual y material de la civilización*. En la misma conferencia se tomaron 3 resoluciones de carácter prioritario, la primera condenando la persecución racial y religiosa; la segunda destacaba los derechos de la mujer, y la última se basaba en el derechos de la libre asociación de los Trabajadores[31]. El resurgimiento de intereses regionales en los derechos humanos a nivel supranacional aumentó al establecerse democracias constitucionales en varios países latinoamericanos. Según Héctor Gros Espiell –comenta la autora- *los años 40 fueron un*

[30] Mary Ann Glendon, *el crisol olvidado: la influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales*. Persona y derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos, Nº 51 (2004); página 104 y 105.
[31] Idem.; página 105.

momento de optimismo idealista y de euforia democrática[32], y para Johannes Morsink –acota *Glendon*- refiriéndose a los países latinoamericanos que "en su reacción conjunta a la gran depresión y al absolutismo tanto de derechas como de izquierdas, *todos ellos, vivieron un período democrático al mismo tiempo*"[33].

En mayo de 1945, dos acontecimientos dieron el impulso definitivo para incluir los derechos humanos en el documento fundacional; *las fotografías de los campos de concentración*, y en virtud de esas revelaciones, Estados Unidos desistió de su oposición a la idea de crear una Comisión de Derechos Humanos en la *ONU*[34].

Expresa Mary Ann Glendon que, para cuando terminó la conferencia en 1945, los principales principios sobre derechos humanos se habían insertado en siete lugares del documento fundacional de la ONU –preámbulo y artículos 1º, 13º, 55º, 62º, 68º y 76-[35].

Así entonces teniendo presente los expuesto supra, destacaremos que desde el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas[36] -en adelante *Carta*- se resalta la importancia de la *dignidad del ser humano*, proclamándose que, "nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos…. *a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en 1a dignidad y el valor de la persona humana,*….y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, …*hemos decidido reunir nuestros esfuerzos para realizar estos designios*".

De ésta manera, el valor de la dignidad humana, comienza a erigirse con fuerza vinculante en el mundo jurídico, alcanzando *consagración universal*, el día 10 de

[32] Héctor Gros Espiell, la declaración americana: raíces, conceptos y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos Nº 41 (1989). Citado por Mary Ann Glendon, Ob.Cit. en nota 30; página 106.
[33] Johannes Morsink, *the universal declaration of human rights: origins, drafting and intent*, (2000). Citado por Mary Ann Glendon; página 106.
[34] M. Glen Johnson, the contribution of Eleonor and Franklin Roosevelt to the development of internacional protection for human rights, (1987). Citado por Mary Ann Glendon; página 107.
[35] Idem.; página 108.
[36] Bajo el gobierno de *Juan Antonio Ríos Morales* se dictó la ley 8042, publicada en el Diario Oficial el día 3 de enero de 1946 y que *dispone cumplir y llevar a efecto como ley de la República, la Carta de las Naciones Unidas*. El texto de la Ley Nº 8042 se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp614.pdf

diciembre de 1948, por Resolución 217 A (iii) de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

2.2.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana o Declaración de Bogotá fue a *primera declaración internacional de derechos humanos* que data del 30 de abril de 1948. En esta declaración se contiene un discurso de derechos claramente latinoamericano, que surge de la fusión –comenta Mary Ann Glendon citando a Carozza quien ahonda en el trabajo de Brian Tierny[37]- de las enseñanzas de los Dominicos que se oponían a la esclavitud y a la conquista, en donde la figura clave parece haber sido Bartolomé de las Casas, un obispo español que en el siglo XVI condenó la esclavitud y lideró la causa de los indios sobre la base de su derecho natural a ser libres, basado en el hecho de ser miembros de la única comunidad humana. *Todas las personas de mundo son humanos, escribió Bartolomé de las Casas, y todas la razas de la humanidad son una*[38]"; fusión de enseñanzas además, *con las ideas revolucionarias francesas, el constitucionalismo americano y la visión panamericana del libertador Simón Bolívar*[39].

Tras su independencia la mayoría de las naciones de América –centro y sur- mantuvieron sus sistemas legales al estilo europeo basados en códigos civiles, pero adoptaron constituciones inspiradas en los documentos fundacionales americanos, la retórica de la revolución francesa y una tradición de derecho natural para la cual la idea de una humanidad común de todas las personas era central. Estas Constituciones eran menos liberales que el modelo americano y no tenían referencias al anticlericalismo que caracterizó las Constituciones francesas del período revolucionario. Para Gros Espiell -comenta Glendon- si bien la historia convencionalmente trata el constitucionalismo

[37] Mary Ann Glendon, Ob.Cit. en nota 30; página 113.
[38] Brian Tierney, the idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and church law (1997). Citado Mary Ann Glendon; página 112.
[39] Idem.; página 113 y 114.

latinoamericano simplemente como un derivado de los modelos europeos y americanos, es más acertado representarlos como una fusión de tradiciones morales y políticas con estructura propia.

La insistencia de una correlación entre lo derechos humanos y las obligaciones, ha sido una característica diferenciadora de la filosofía política y del derecho constitucional latinoamericano desde principios del siglo XIX[40].

Esta declaración internacional[41] proclamada a nivel regional, en adelante *Declaración Americana* de 1948, antecedió a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en más de siete meses, y que por cierto, le sirvió de base, incluso reiterando varios de sus postulados. Como se desprende de su considerando, los pueblos americanos han dignificado la persona humana reconociendo en sus respectivas Cartas Fundamentales que las instituciones jurídicas y políticas, tienen como fin la protección de los derechos esenciales del hombre, derechos que *no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*. Este postulado se refleja posteriormente en nuestra Constitución Política de la República, al decir en su artículo 5º "que los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*".

Su preámbulo destaca el siguiente párrafo que pasará a formar parte del artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que con posterioridad recogerá en parte nuestra Carta Fundamental; "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, *deben conducirse fraternalmente los unos con los otros*".

[40] Héctor Gros Espiell, la *declaración americana: raíces, conceptos y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano*. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos Nº 41 (1989). Citado por Mary Ann Glendon, Ob.Cit. en nota 30; página 114.

[41] Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, conjuntamente con la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos (OEA), Bogota, Colombia; el día 2 de Mayo de 1948., antecediendo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por más de 7 meses. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm

La única diferencia que se percibe entre ambas, se encuentra en que ésta habla de *hombres* y aquella de *seres humanos*. La *Declaración Americana* de 1948, no sólo reconoce y proclama derechos sino que impone deberes estableciendo que "*el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos*", agregando que "*si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad*". Se destaca además que la cultura es la máxima manifestación social e histórica del espíritu, que constituye la finalidad suprema de la existencia humana siendo deber del hombre, servir al espíritu, ya que de él emana su floración más noble, *las buenas maneras y la moral*.

Finalmente destacaremos que sus artículos reconocen derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, libertad religiosa y de culto, libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar, a la preservación de la salud y al bienestar, de protección a la maternidad y a la infancia, a la educación, a los beneficios de la cultura, al descanso y a su aprovechamiento, derecho de justicia, de petición, de protección contra la detención arbitraria, entre otros derechos reconocidos. También impone deberes ante la sociedad como "el deber que tiene toda persona de convivir con las demás, de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad" o deberes para con los hijos y los padres como "el deber que tiene toda persona de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten", o deberes de instrucción como "el deber que tiene toda persona de adquirir a lo menos la instrucción primaria", o deber de obediencia a la ley como "el deber que tiene toda persona de obedecer a la ley y demás

mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre", entre otros deberes que impone esta *notable* Declaración Americana.

2.3.- Declaración Universal de los Derechos Humanos

Como destacamos supra, el discurso latinoamericano de derechos humanos jugó un rol importantísimo en la fundamentación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en adelante *Declaración Universal*.

En la gestación de la Declaración Universal, destaca el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, conformada por 18 miembros escogidos en base a la diversidad cultural y política del mundo y cuyos representantes latinoamericanos fueron Chile, Panamá y Uruguay. La Comisión que se encontraba presidida por Eleonor Roosevelt, tuvo como fin establecer estándares comunes que sirvieran de patrón para medir el propio progreso y el de los demás, denominado "*código de derechos internacionales*[42]". Sin embargo, esa *heterogeneidad* –comenta Glendon citando a *Hobbins*- supuso salvar importantes dificultades, como aquella *en que nadie tenía realmente claro que hubiera ningún derecho que pudiera ser aceptado por todas las culturas del mundo, o en el caso de existir, cuales pudieran ser*[43]. Para examinar esto último, la *Unesco* nombró una comisión de filósofos, que incluía algunos como Jacques Maritain y Benedetto Croce, y otros pertenecientes a tradiciones confucionistas, hinduistas y musulmanas. A su vez, los filósofos enviaron un cuestionario a otros pensadores importantes alrededor del mundo, desde Mahatma Gandhi hasta Teilhard de Chardin[44].

Los Comisarios de derechos humanos como primer paso –comenta Glendon citando a Humphrey-, le pidieron al Director del área de Derechos Humanos de la ONU, el

[42] Johannes Morsink, *the universal declaration of human rights: origins, drafting and intent*, (2000). Citado por Mary Ann Glendon, Ob.Cit. en nota 30; página 108.
[43] A.J.Hobbins, René Cassins and the daughter of time: the first braft of the universal declaration of human rights (1989). Citado por Mary Ann Glendon; página 108 y 109.
[44] El trabajo final de la comisión –comenta Mary Ann- el cuestionario y varias de las respuestas están recolectadas en "human rights: comments and interpretations (1949). Mary Ann Glendon; al pie de página 109.

abogado canadiense *John Humphrey*, que prepara un primer borrador, ordenando este último a su equipo que recopilara los documentos que existieran en el mundo sobre derechos humanos, así como las propuestas de códigos de derechos humanos que habían sido sometida a la *ONU*, destacando las propuestas de Chile y Panamá, *que Humphrey tomó como sus principales modelos*[45].

El borrador de Chileno, fue una versión preliminar de la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre y el borrador Panameño era el producto de un estudio transnacional realizado entre 1942 y 1943 bajo los auspicios del Instituto de Derecho Americano (*IDA*). Comparando ambos borradores –comenta Morsink citado por Glendon- párrafo por párrafo con el primer borrador de la Declaración Universal se concluye que Humphrey se basó en estos textos, de donde tomó todas las ideas de derechos sociales, económicos y culturales en su primer borrador[46]. Agrega Glendon que lo que hizo que los borradores propuestos por los latinoamericanos fueran textos de suma importancia para Humphrey y al Comisión de Derechos Humanos, *era su compatibilidad con la amplia gama de culturas y filosofías representadas en naciones unidas*. Su gran atractivo se debía a que algunos elementos de las tradiciones de las leyes latinoamericanas no eran utilizados en el mundo occidental[47].

Cuando Humphrey terminó con el borrador inicial de la Declaración Universal, se la entregó a la Comisión de Derechos Humanos (*CDH*) que nombró un comité de redacción de ocho miembros para continuar con el trabajo. Un Miembro clave de ese comité fue *Hernán Santa Cruz*, que sucedió a *Nieto del Río* como representante chileno en la *CDH* tras su primera reunión.

[45] John P. Humphrey, *human rights and the united nations: a great adventure* (1984). Citado por Mary Ann Glendon; página 109.
[46] Johannes Morsink, *the universal declaration of human rights: origins, drafting and intent*, (2000). Citado por Mary Ann Glendon; página 111.
[47] Mary Ann Glendon, *rights talk: the impoverishement of political discourse* (1991); Mary Ann Glendon, *abortion and divorce in western law: american failures, european challenges* (1987). Citado por Mary Ann Glendon; página 111.

A diferencia de lo que muchos piensan hoy, fue Santa Cruz, -y no cualquiera de los representantes del bloque soviético- el que promovió los derechos sociales y económicos dentro de la comisión. Tal es así –expresa Glendon- que en su estudio de los orígenes de la declaración, Morsink concluyó, que los derechos sociales y económicos de la declaración derivan principalmente de la tradición socialista de América[48].

En consecuencia los derechos en cuestión le deben mucho a los modelos latinoamericanos, sin embargo describir esos modelos como socialistas depende en gran medida de lo que se entiende por socialista, ya que, por lo años 40' los derechos sociales y económicos encontraron cabida en las Constituciones de muchos países latinoamericanos y de Europa continental a través de programas socialistas, social-demócratas, de los trabajadores, demócrata cristianos y partidos sociales cristianos[49].

La visión de *Hernán Santa Cruz*, de los Derechos Humanos, libertad unificadora, dignidad y justicia social, se recoge en el apéndice que Chile propuso a la Declaración Universal sobre el derecho a la vida: "*los no nacidos, los incurables, los mentalmente defectuosos, los lunáticos, tienen derecho a vivir. Todas las personas tienen el derecho a disfrutar de la condición de vivir con dignidad y desarrollar su personalidad adecuadamente. Las personas que no pueden mantenerse, por sus propios esfuerzos, a sí mismas, tienen derecho a ser mantenidas ya ser asistidas*"[50].

En 1948 –destaca Mary Ann Glendon- Latinoamérica fue capaz de prevenir que la Declaración Universal cayera en los excesos del individualismo y colectivismo. Ahora que la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha convertido en punto de referencia clave a nivel global, en todo lo relativo a discusiones sobre los derechos humanos, Latinoamérica podría ayudar, una vez más, al movimiento de los derechos

[48] Johannes Morsink, *the universal declaration of human rights: origins, drafting and intent*, (2000). Citado por Mary Ann Glendon; página 116.
[49] Mary Ann Glendon, *rights in Twentieth Century Constitutions* (1992). Citado por Mary Ann Glendon; página 116.
[50] Mary Ann Glendon, *a world made new*. Citada por Mary Ann Glendon; página 118 y 119.

humanos volviendo a mostrar su visión sobre la dignidad humana ya plasmada en la declaración[51].

La Declaración Universal de los Derechos Humanos[52] dispone en su preámbulo que "considerando que la *libertad, la justicia y la paz* en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la *familia humana*…considerando *esencial* que los *derechos humanos* sean protegidos por un *régimen de Derecho*…considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su *fe*, en los *derechos fundamentales* del hombre, en la *dignidad* y el *valor de la persona humana*…, la Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como *ideal común* por el que *todos los pueblos y naciones deben esforzarse*…".

En ella se proclaman derechos, como los que se expresa en su primer artículo, "todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad y derechos*…", agregando en el tercero que "todo individuo tiene *derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*". Por su parte el artículo 8 dispone que "toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo* ante los tribunales nacionales competentes, que la *ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*". Más adelante en el artículo 28 se lee que "toda persona tiene derecho a que se establezca un *orden social e internacional* en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan *plenamente efectivos*"" y en el artículo 29 se dispone que "toda persona tiene *deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad*". Finalmente en el artículo 30 se consagra que "nada en esta Declaración podrá *interpretarse* en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y

[51] Mary Ann Glendon, Ob.Cit. en nota 30; página 123.
[52] El texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm

desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la *supresión* de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

2.4.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Posteriormente y reafirmando todos los derechos proclamados por la Declaración Universal, se acuerda y suscribe en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[53]-en adelante *Pacto*- que en su preámbulo señala que los Estados Partes en el presente Pacto "considerando que, conforme a los *principios enunciados* en la Carta de las Naciones Unidas, *la libertad, la justicia y la paz* en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad inherente* a todos los miembros de la familia humana y de sus *derechos iguales e inalienables*,…reconociendo que estos derechos se *derivan* de la dignidad inherente a la *persona humana*,…considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de *promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos*, convienen en los artículos siguientes".

Destacaremos algunas disposiciones de este Pacto, como el artículo 2, que declara que "cada uno de los *Estados Partes* en el presente Pacto, se *compromete* a respetar y a garantizar *a todos los individuos* que se encuentren en su *territorio* y estén *sujetos a su jurisdicción* los derechos reconocidos en el presente Pacto",…agregando en el inciso segundo que "cada Estado Parte se compromete a *adoptar*, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para *dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter* que fueren

[53] Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966, suscrito por Chile en esa misma fecha, promulgado mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 778 de 30/11/1976, y publicado en el Diario Oficial el día 29 de abril de 1989, y que en virtud del artículo 5 del Decreto Ley N° 247, de 17 de enero de 1974, *dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos*. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani621.pdf

necesarias, para hacer *efectivos* los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En su inciso tercero expresa que "*cada uno de los Estados Partes…se compromete a garantizar que*:…*toda persona cuyos derechos o libertades* reconocidos en el presente Pacto *hayan sido violados*, podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en *ejercicio* de sus *funciones oficiales*;…*la autoridad competente*, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, *decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial*; en el artículo 5 del Pacto se lee que "*ninguna disposición* del presente Pacto podrá ser *interpretada* en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la *destrucción* de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto *o a su limitación en mayor medida que la prevista en él*".

Por su parte el artículo 6 proclama que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana…" y señala en su artículo 10 que "toda persona privada de libertad será tratada *humanamente* y con el respeto debido a la *dignidad inherente al ser humano*". Finalmente el artículo 46 declara que "*ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas*….".

2.6.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Un par de días después, el 19 de Diciembre de 1966, la Asamblea de la Naciones Unidas acuerda el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*[54] –en adelante

[54] El *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* fue promulgado por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 326 de 28/04/1989, publicándose en el Diario Oficial el día 27 de mayo de 1989, y que en virtud del artículo 32 N° 17 de la Carta Fundamental de 1980 *se dispone y manda que se lleve a efecto como ley dicho Pacto Internacional*. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani616.pdf

Pacto de Derechos- suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, que no sólo consagra derechos económicos, sociales y culturales, sino también *valores* que son *el fundamento de todos ellos,* como la *libertad, igualdad* y el valor que los subsume a todos *dignidad*. Este *Pacto de Derechos* declara que "los Estados Parte…, reconociendo que *estos derechos se desprenden* de la *dignidad inherente a la persona humana,*…reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, *a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales,* tanto como de sus derechos civiles y políticos,…convienen en los artículos siguientes".

Se destacarán algunas disposiciones como el artículo 5 inciso segundo que reza "*no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado*" y en su artículo 13 proclama que "los Estados Partes…, reconocen el derecho de toda persona a la *educación*. Convienen en que la *educación* debe *orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales*".

2.7.- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

Posteriormente, el 22 de Noviembre de 1969, el Gobierno de Chile suscribió en la ciudad de San José, Costa Rica, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*[55] -en adelante *Convención Americana*-, denominada Pacto de San José de Costa Rica, que se depositó ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 21 de agosto de 1990, *con la siguiente declaración*, "el Gobierno de Chile declara que *reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad*, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos…el Gobierno de Chile declara que *reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención*…".

En el preámbulo de la *Convención Americana* se proclama que "los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,…reafirmando su propósito de *consolidar* en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el *respeto de los derechos esenciales del hombre*;…reconociendo que los *derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria*

[55] La Convención Americana de Derechos Humanos fue promulgada por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 873 de 23/08/1990 y publicado en el Diario Oficial el día 5 de Enero de 1991, que en virtud de las normas constitucionales 32 N° 17 y 50 N° 1, *se dispone y manda que se cumpla esta Convención en todas sus partes*. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani260.pdf

de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos;…considerando que *estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos* que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional; han convenido en lo siguiente…". La Convención Americana en su artículo 1º dispone que "los Estados Partes en esta Convención *se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella* y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio *a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.…* ".

En su artículo 2º declara a propósito del deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º *o estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter*, los Estados Partes se *comprometen* a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*….". Agrega en su artículo 4º que "*toda persona tiene derecho a que se respete su vida*. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del *momento de la concepción.…*".

El artículo 5º señala que "*toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*" y en su inciso segundo se lee que "*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la *dignidad inherente al ser humano*". Por su parte el artículo 7º declara que "toda persona tiene derecho a la *libertad y a la seguridad personal*…". Más abajo se lee en el artículo 11º que "toda persona tiene

derecho al *respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad…*" y el artículo 12º reza como sigue, "toda persona tiene derecho a la *libertad de conciencia y de religión*…" y el articulo 13º agrega que "toda persona tiene derecho a la *libertad de pensamiento y de expresión*…".

El artículo 15º "reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas…" y el artículo 16º hace lo mismo por la libertad de asociación expresando que "todas las personas tienen derecho a *asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole*…". Más adelante se consagra el valor de la igualdad al disponer el artículo 24º que "*todas las personas son iguales ante la ley*. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, *a igual protección de la ley*…" y el artículo 25º refiriéndose a la protección judicial consagra que "toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes*, que la *ampare* contra actos que *violen sus derechos fundamentales* reconocidos por la *Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*…".

El artículo 29º exige, a propósito de las normas de interpretación, que "*ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir* a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, *suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*; *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad* que pueda estar *reconocido* de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*; *y excluir o limitar el efecto que puedan*

producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza…".

A propósito de la competencia dispone el artículo 33º que "son *competentes para conocer* de los asuntos relacionados con el *cumplimiento de los compromisos contraídos* por los Estados Partes en esta Convención: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, llamada en adelante la Comisión, y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, llamada en adelante la Corte…".

2.8.- Protocolo de San Salvador o Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En el Protocolo Adicional a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado *Protocolo de San Salvador,*[56] fue suscrito por nuestro país el día 5 de Junio de *2001 y aun no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno*. Este Protocolo establece en su preámbulo que "los Estados partes en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, reafirmando su propósito de consolidar en este continente….un régimen de libertad personal y de justicia social, *fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre*; reconociendo que los *derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado*, sino que tienen como *fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*; considerando la *estrecha relación*

[56] El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos *Protocolo de San Salvador,* fue adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, cuya *vigencia internacional* se inició el día 16 de Noviembre de 1999. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos *constituyen un todo indisoluble* que encuentra su *base* en el *reconocimiento de la dignidad de la persona humana*, por lo cual *exigen una tutela y promoción permanente* con el objeto de lograr su *vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros*; recordando que sólo puede realizarse el *ideal del ser humano libre*, exento del temor y de la miseria, *si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*; y considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos* con ocasión…. *proyectos de protocolos adicionales a esa Convención,* con la *finalidad* de *incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades*, han convenido en el siguiente Protocolo", de cual destacaremos *sólo su artículo 11* por la importancia y relevancia que significa *elevar expresamente a rango de derecho humano, el derecho a vivir en un medio ambiente sano,* y por las consecuencias que producirá tal reconocimiento, entre otras, poder requerir directamente a la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, cumpliéndose los requisitos para ello, solicitando el reestablecimiento de éste derecho en caso de violación por parte del Estado infractor o bien solicitando un Estado Parte una Opinión Consultiva en torno a la interpretación de algún precepto consagrado en ésta Convención.

En fin, se reafirma lo que se viene diciendo hace una par de décadas, en el sentido, que el medio *ambiente sano* es un *derecho humano*, tan humano como el derecho a la vida o el derecho a libertad personal. Así entonces podemos esperar que en el futuro continúen

incluyéndose progresivamente otros derechos, como el derecho humano al agua, a la tierra, a los alimentos, en fin, los que sean necesarios consagrar, para dignificar al ser humano y proteger también con ello, a los demás seres vivos del planeta.

Este artículo declara que "toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos y en su inciso segundo agrega que….*los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente "*.

Quisiéramos agregar unas palabras extraídas de un discurso del Secretario General de la Organización de Estados Americanos de la época, *Sr. César Gaviria Trujillo*[57], quién expresó que "el *Protocolo de San Salvador complementa* la Convención Americana sobre Derechos Humanos…y los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos *en anteriores instrumentos internacionales*, tanto de ámbito universal como regional, fueron *reafirmados y perfeccionados* con la *adopción del Protocolo de San Salvador*. Este instrumento reconoce el respeto integral de los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales,…considera el compromiso de promover el respeto por derechos tan importantes como…, *a un medio ambiente sano*, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la familia, a la protección de la niñez, de los ancianos y de los minusválidos, entre otros. El Protocolo llama a los gobiernos de las Américas a establecer políticas y tomar medidas que, sin dejar de lado la protección de los derechos civiles y políticos, *conlleve* de manera determinada y comprometida, *a mejorar la calidad de vida de sus*

[57] César Gaviria Trujillo, ex-presidente de la República de Colombia y Secretario General de la Organización de los Estados Americanos entre los años 1994-2004, discurso pronunciado en la ceremonia de depósito del instrumento de ratificación por parte de Argentina del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *Protocolo de San Salvador*, 23 de octubre de 2003 – Washington. Discurso disponible en la siguiente dirección electrónica: www.oas.org/speeches/speech.asp?sCodigo=03-0145

ciudadanos, particularmente de los habitantes de las Américas sometidos a condiciones de vida por debajo de los niveles aceptables".

Cabe destacar que nuestro país, todavía no ha ratificado el *Protocolo San Salvador*, y no obstante ser una norma con vigencia internacional *no es aplicable* al interior de nuestro ordenamiento jurídico, porque para ello, es necesario que se cumpla con el procedimiento de incorporación establecido en los artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de nuestra Constitución Política de Estado.

Se han destacado estos Instrumentos Internacionales para demostrar como los valores igualdad, libertad y en particular la *dignidad humana*, han influido, en la orientación y fundamentación de la *producción normativa internacional*. Tanto es así, que los pactos internacionales destacados a través de la selección de citas normativas expresadas anteriormente, es derecho vigente y aplicable al interior de nuestro ordenamiento jurídico, con la salvedad ya dicha sobre el *Protocolo de San Salvador*. En cuanto a las Declaraciones sobre Derechos Humanos resaltadas si bien para algunos no tienen el carácter de Instrumento Internacional jurídico vinculante, sus postulados no sólo han sido recogidos por los pactos internacionales mencionados supra, sino que también han sido incorporados a la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que forman parte de la comunidad internacional. Con ello queremos destacar que todos y cada uno de estos instrumentos *apuntan hacia un mismo fin*, que es proteger y resaltar la importancia que ha adquirido el *valor dignidad humana*, a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

Este proceso dignificador, no hace más que demostrar que los ordenamientos jurídicos deben encontrarse subordinados a un contenido material, pletórico de valores como la paz, solidaridad, libertad, igualdad y dignidad entre otros. *De ésta manera*

implícitamente, se han de limitar las palabras disponibles para escribir una Carta Fundamental, pues la tinta estará agotada, para aquellas Cartas que pretendan establecer sistemas totalitarios o reducir al ser humano sólo a un medio o instrumento del Estado.

3.- Recepción del valor dignidad humana en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesiones Nº 17, Nº 84 y Nº 85

3.1.- Sesión Nº 17 celebrada el 15 de Noviembre de 1973

En la Sesión Nº 17, el *Sr. Evans* a propósito del estudio de las garantía y deberes individuales y sociales, propone *evocar* la rica tradición de la institucionalidad chilena en materia de derechos humanos, que ha tenido un constante desarrollo desde la Carta Fundamental de 1833 hasta la última reforma constitucional conocida como *Estatuto de Garantías*, estimando a éste respecto, que debe expresarse que la *nueva institucionalidad recogerá* dos clases de vertientes en la configuración de un cuadro de derechos humanos: la mencionada *tradición constitucional de Chile* y el *contenido ideológico de tres textos contemporáneos* que a su juicio deben individualizarse; *la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948, la Declaración Americana Derechos y Deberes del Hombre de abril de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.*

Estima que estos documentos constituyen ante la opinión pública internacional, suficiente aval del propósito de resguardar y afianzar los derechos humanos en nuestro sistema jurídico interno.

El *Sr. Ortúzar* coincide plenamente con las observaciones del *comisionado Sr. Evans*, "sin embargo estima que en lo concerniente a citar los aludidos documentos en el memorándum, *se debe buscar una formula de redacción que no los haga aparecer*

como excluyentes de otros textos de igual importancia…[58]-[59]". Más adelante, el *Sr. Evans* expresa que *un cuarto elemento* que debe ser considerado en éste párrafo –garantías y deberes individuales- es la indispensable *independencia del poder judicial* para *poder garantizar la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales*, así se lee en el Acta Constitucional indicada; …"en consecuencia, las garantías, igualdades, libertades, los derechos fundamentales de las personas y los derechos sociales que el régimen constitucional chileno *siempre ha reconocido y que las declaraciones internacionales han ratificado, formarán parte integrante de la nueva institucionalidad. Sin embargo, la nueva institucionalidad considera que estos derechos y garantías esenciales del hombre no pueden quedar garantidos por el sólo hecho de encontrarse en la Constitución*. Es necesario, en consecuencia, de acuerdo con

[58] En ésta Sesión (N° 17 de 15 de Noviembre de 1973) los demás comisionados se encuentran contestes a propósito de lo expresado por el comisionado Sr. Evans, como se lee a continuación:
El *Sr. Evans* reconoce el inconveniente expuesto por el Sr. Presidente (*Ortúzar*), pero es de opinión de buscar una redacción que, como dijo, contenga la idea de que éstos documentos son vertientes inspiradoras de nuestra futura institucionalidad, obviando así una referencia expresa a ellos, de manera que la cita que se haga no se intérprete como que nuestro país incorpora a su derecho publico el contenido de esas declaraciones, sino que la nueva Constitución buscará incorporar con el ordenamiento chileno, las aspiraciones de esos documentos en la medida que sean compatibles con la realidad de Chile y con la necesidad de su desarrollo social. El *Sr. Silva Bascuñan* "adhiere a las expresiones del Sr. Evans ya que íntimamente estima que todas las referencias que ha insinuado, se deben materializar en el afán de conseguir una formulación más perfecta y actualizada de nuestro derecho, sin que ello signifique, por cierto, una lápida al pasado chileno, en cuanto a que nuestro ordenamiento no consagrara ni protegiera los derechos humanos contenidos en esas declaraciones". El *Sr. Diez* es de parecer que, tanto para el conocimiento de la opinión pública interna como para el exterior, se deben consagrar en el memorándum, las referencias a la tradición chilena en materia de derechos humanos y a los documentos mundiales de la primera mitad del siglo XX, por su profundo contenido ideológico. De modo que la referencia genérica que de ellos se haga, en orden a que los principios inspiradores de los derechos humanos se deben someter a esas dos fuentes fundamentales, significará decirle al mundo que nuestro país desea colocarse a la vanguardia de lo que los hombres y los organismos internacionales han hecho, con el objeto de conseguir las garantías y eficacia de esos derechos, situación que reafirma el concepto de que Chile protegerá, sin excepción, los derechos...". El *Sr. Ovalle* interviene brevemente, para proponer que previo a la declaración del reconocimiento de los derechos humanos, se hace necesario destacar que la nueva Constitución se dicta precisamente para dignificar al hombre, proteger su libertad y garantizar el ejercicio de los derechos humanos que ella consagre, todo dentro del respeto mutuo que asegurará la eficacia de nuestro ordenamiento.
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 17 celebrada el 15 de noviembre de 1973, disponible en la dirección electrónica. Se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=3&codigo=Capítulo%201,%20Bases%20de%20la%20Institucionalidad Archivos de Capítulo 1, Bases de la Institucionalidad; página 3.

[59]Relacionado con el tema tratado en la Sesión N° 17, se encuentra lo acordado por los comisionados en la Sesión N° 10 de 25 de octubre de 1973, en la que, el *Sr. Guzmán* declaró que hay otra cuestión, que si bien está *implícito en todo texto*, es necesario para el conocimiento de la opinión pública nacional y extranjera, *dejar constancia expresa. Dicha cuestión dice relación con la concepción del hombre y la sociedad que inspirará la nueva Constitución*. A su juicio, toda la doctrina sobre el Estado, la soberanía, la democracia, el gobierno *y los derechos individuales y sociales, descansa en una concepción cristiana del hombre*, en el reconocimiento de que el *hombre encierra valores espirituales* que están más allá del ordenamiento jurídico positivo. Aún cuando reconoció que el tema es de suyo difícil y polémico, propuso agregar, en el primer punto, algunas ideas que precisaren esta concepción cristiana del hombre y de la sociedad. El *Sr. Ortúzar* expresó que la idea formulada por el *Sr. Guzmán*, seguramente era compartida por todos los miembros de la comisión. Agregó que el concepto filosófico del hombre y de la sociedad, *presidirá otros principios fundamentales como la protección de la persona humana, su integridad física y moral, su dignidad y derechos fundamentales*. El *Sr. Ovalle* estimó que la concepción del hombre y de la sociedad a que aludió el *Sr. Guzmán incide en el concepto de democracia*. Explicó que la democracia es más que un régimen político, "*es una forma de vida*", *por lo que se hace necesario definirla como un medio para alcanzar la realización integral de la personalidad humana*.
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 10 celebrada el 25 de octubre de 1973, disponible en la dirección electrónica. Se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=3&codigo=Capítulo%201,%20Bases%20de%20la%20Institucionalidad
Archivos de Capítulo 1, Bases de la Institucionalidad; página 3.

la idea de crear un Estado de derecho moderno, *que un poder judicial independiente, garantice en todo momento, la plena vigencia de los derechos fundamentales, estableciendo los recursos o procedimientos que permitan su amparo inmediato, en caso de atropello o abuso de la autoridad o de otros particulares*"[60].

Así entonces, de los tres textos contemporáneos mencionados, que proclaman, reconocen y desarrollan la mayoría de los derechos que hoy en día aceptamos como fundamentales, se puede apreciar con facilidad que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se transforma con el paso del tiempo en fuente valórica y referente ineludible que fundamenta y guía no sólo el contenido de las posteriores Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derecho Humanos acordados, como también de aquellos que no tienen ese carácter; sino además, de la parte dogmática de la mayoría de las Cartas Fundamentales de *post guerra* como la nuestra, cuya impronta se lee y refleja en las Actas Oficiales[61] de la Comisión Constituyente, como en la Sesión Nº 84 celebrada el 4 de Noviembre de 1974, en la que se realiza un *estudio particularizado* de ésta Declaración, con el objeto de recoger aquellos artículos que sean *aprovechables* para la Constitución Política de la República que se encontraba en gestación[62].

---

[60]Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 17 celebrada el 15 de noviembre de 1973, disponible en la dirección electrónica. Se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=3&codigo=Capítulo%201,%20Bases%20de%20la%20Institucionalidad
Archivos de Capítulo 1, Bases de la Institucionalidad; página 3.

[61] Las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente se encuentran disponibles en la siguiente dirección electrónica; http://www.segpres.cl/portal/documentos/Actas_constitucion_1980.html

[62] En ésta Sesión se aprecia, cómo se analizó artículo por artículo la Declaración Universal de Derechos Humanos, pues "a juicio del Sr. Ovalle -quién sugiere su lectura-, en ella el tema está consagrado en forma más completa y actual que en la Constitución de 1925,-acotando- sin perjuicio de que cada uno la lea. El Sr. Ortúzar la lee y el Sr. Evans recuerda que se trata de ver qué artículos son aprovechables y cuales no; acaso están contemplados en forma expresa en el ordenamiento jurídico chileno y, en caso de una respuesta negativa, si deben estar. Propone que se dé a cada norma la calificación de aprovechable y no aprovechable". Al respecto debemos señalar que el hecho que una norma de la Declaración Universal de Derechos Humanos haya sido estimada por algún comisionado como no aprovechable, no quiere decir que esa norma no tiene la relevancia para haber sido considerada como derecho Fundamental, sino que por el contrario, ya que si una norma fue calificada de esa manera, lo fue por su ambigüedad, y por tanto necesitaba ser precisada y desarrollada por la comisión, para ser incorporada posteriormente como un derecho a garantizar. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 84 celebrada el 4 de noviembre de 1974, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales#
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 18.

3.2.- Sesión Nº 84 celebrada el día 4 de noviembre de 1974

Debemos destacar que en ésta Sesión, además, se hace referencia a las *características* del los Derechos Humanos, y en éste sentido el *Sr. Ovalle expresó*: "los derechos humanos son *absolutos* con el sentido y significado que éstas palabras tienen *en derecho. Son absolutos en cuanto obligan a su respeto por parte de todos los habitantes de la república y, especialmente, por parte del Estado. Son absolutos también, en cuanto son naturales, es decir, en cuanto la Constitución no los consagra, no los crea, sino que sólo los garantiza*". Agrega que "*el ejercicio de éstos derechos debe compatibilizarse con la existencia misma del ente social*".

A continuación se lee en ésta Acta que, *el Sr. Ortúzar* (presidente) manifiesta que la opinión del *Sr. Ovalle* está confirmada por el *Sr. Jorge Iván Hübner Gallo* en su libro "*panorama de los derechos humanos*", que al tocar las características de éstos derechos, expresa: "*son innatos o congénitos porque se nace con ellos; son universales en cuanto se extienden a todo el genero humano, en todo tiempo y lugar; son absolutos porque ese respeto puede reclamarse indeterminadamente a cualquier persona o autoridad o a la comunidad entera, lo que los distingue de los derechos relativos, como los emanados de las relaciones contractuales, que sólo pueden exigirse de quienes hayan contraído la obligación correspondiente; de ahí que se concluya que son necesarios, inalienables, inviolables e imprescriptibles*".

3.3.- Sesión Nº 85 celebrada el día 7 de noviembre de 1974, intervención del profesor *Iván Hübner Gallo*

A la Sesión siguiente -Nº 85 -, se invita al *Sr. Jorge Iván Hübner Gallo,* con el objeto de escuchar sus planteamientos sobre ciertos puntos que se fijaron en la última sesión[63].

[63] En ésta Sesión, el *Sr. Ortúzar* expresa que en primer lugar, es interesante conocer la opinión del profesor, acerca de cual sería el criterio para una clasificación y ordenación de los derechos humanos y el sentido de prelación con que habría que tratar la materia; en segundo lugar, cuales serían en su opinión las modificaciones que habría que introducir a las garantías o derechos básicos que contempla la Constitución de 1925 y cuales habría de mantener o eliminar, o como enriquecerlos contemplando algunos derechos

El *Sr. Hübner* declara que desea plantear un *breve preámbulo* que considera necesario para apreciar más claramente los aspectos que señalará más adelante.

En su opinión, el *mundo vive actualmente en el siglo de los derechos humanos*. A primera vista, podría parecer paradójica ésta afirmación, en circunstancias de que –recordando el título de un texto en francés sobre la materia- "*geografía de la opresión*", es, hoy día, "*geografía de la libertad*". Si se observa con atención el mapa del mundo, desde el punto de vista de la *efectiva vigencia* de los derechos humanos, se constatará que en las más grandes regiones de la tierra -especialmente en Europa Oriental, en Asia, en África y en *parte de Hispanoamérica*-, existen *sistemas de verdadera opresión y desconocimiento de los derechos humanos*.

Pero ésta apreciación, de una primera mirada pesimista, se convierte, a su juicio, en optimista, si se atiende a que el estado actual del mundo, en ésta materia, es muy superior *al que imperaba en siglos anteriores*, más todavía si se consideran épocas remotas y, sobre todo, -y por ello expresó que se vivía en el siglo de los derechos humanos- porque el progreso ha sido enorme en lo que implica una "*toma de conciencia de la humanidad*", sobre la importancia, la significación y la trascendencia de la dignidad humana y del respeto de sus derechos fundamentales, *cosa que en otros tiempos, evidentemente, no ha existido*.

Hoy día, -comenta el profesor *Hübner*- se ha hecho claro que todos los objetivos fundamentales de bien común de la sociedad y del Estado, se encuentran contenidos e integrados en la realización de los derechos fundamentales de la persona humana.

básicos, como el derecho a la vida, de la niñez, de la mujer, de la ancianidad, etc., que no contempla la Constitución de 1925 y, finalmente, cuales serían los mecanismos más eficaces para dar protección a los derechos humanos.
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 85 celebrada el 7 de noviembre de 1974, disponible en la dirección electrónica -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-. http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Sesión%2085,%20Celebrada%20en%207%20de%20Noviembre%20de%201974
Archivos de Sesión 85.

A esto se ha llegado después de un proceso de más de 20 siglos de experiencia[64].

Más adelante el profesor expresa que "mientras en épocas medievales, y aún posteriores, los derechos humanos eran concebidos únicamente como *garantías de determinados estamentos y regiones*, o de países a lo sumo, en el siglo XX, se ha abierto camino el concepto de que *la protección* de los derechos no *interesa* sólo a regiones o a países, sino a la "*humanidad entera*", y de que, por consiguiente, *su amparo debe ser* de orden *supranacional*, como ocurre con los tres grandes sistemas contemporáneos de protección de los derechos humanos, que son el de la Organización de Estados Americanos, el de las Naciones Unidas y el de Europa Occidental consagrado por la Convención de Roma.

Agrega que en éste proceso, primero de *conocimiento* de éstos derechos, después de su *reconocimiento* en declaraciones y, en seguida, su *aplicación y vigencia* puestas en práctica- se pueden distinguir 4 grandes etapas[65], destacando que la última de ellas es la

[64] El *Sr. Hübner* continúa con su exposición expresando que: "como se sabe, en la antigüedad no solamente no se respetaban los derechos humanos, *sino que ni siquiera eran concebidos*. Con anterioridad al cristianismo, incluso en culturas filosóficas tan avanzadas como la griega, y pensadores tan destacados como Platón y Aristóteles, no se encuentra ni siquiera un esbozo o un concepto acerca de los derechos humanos. Fue necesario el advenimiento del cristianismo para que- dentro del concepto de que el hombre fue creado a imagen y semejanza de dios, de la idea de la paternidad divina y de la hermandad de todos los seres humanos-, muy lentamente a través de los siglos, fuera germinando la semilla del respeto a la personalidad humana en sus diversos aspectos. Esta trayectoria se puede caracterizar a través de un proceso de doble expansión. Por una parte, y respecto del número y contenido de los derechos humanos, los primeros fueron medievales, en la Carta Magna etc. estos derechos fueron apenas esbozados. A mediada que se avanza en la teoría y en las Declaraciones se va multiplicando su número, su contenido y su riqueza, hasta llegar a las Declaraciones de la década de 1940, especialmente a las de 1948- la declaración Americana de los derechos y Deberes del hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas-, en que ya la nómina de los derechos humanos es extraordinariamente amplia, rica, variada y prácticamente no tiene punto de comparación con la de las primeras declaraciones, sobre todo en cuanto se ha pasado de la órbita puramente individual- que caracterizó por ejemplo, a la Carta Magna y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa- a la esfera social y cultural, dando a estos atributos una amplitud verdaderamente notable, que no habría podido preverse en otras épocas. En otro aspecto, la expansión se ha producido en el ámbito personal y territorial".
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 85 celebrada el 7 de noviembre de 1974, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-. http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Sesión%2085,%20Celebrada%20en%207%20de%20Noviembre%20de%201974
Archivos de Sesión 85.

[65] Las etapas que distingue el profesor *Hübner* son las siguientes:
Primera Etapa: La formación de los Derechos Humanos y la comprensión de su alcance.
Segundo Etapa: Su consagración en textos- como ya lo ha dicho- de creciente amplitud, riqueza y fuerza legal. En su opinión las primeras declaraciones de derechos tenían una fuerza legal muy discutible. La de la Revolución francesa y otras, parecían más de tipo académico que de realidad practica. Tal vez se creía erróneamente que bastaba formular los derechos para que fueran respetados. Con todo, esta es una etapa muy importante si se atiende al hecho de que ya se puedan formular y caracterizar a cada uno de éstos derechos.
Tercera Etapa: consiste en el establecimiento de instituciones y procedimientos, tanto de carácter interno como de tipo supranacional, destinados al resguardo de los derechos humanos, y, finalmente;
Cuarta Etapa: y las más importante es la de su real y efectiva observancia ya que es evidente que el conocimiento y la consagración de los derechos humanos, y el establecimiento de las instituciones y procedimientos destinados a su resguardo, no bastan para que efectivamente se observen y se cumplan.
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 85 celebrada el 7 de noviembre de 1974, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-.

de mayor relevancia, y en este sentido expresa que "esta cuarta etapa, que es sin duda la de la realización plena de los derechos humanos va -en concepto del profesor *Hübner*-, mucho más allá de las posibilidades del derecho, porque *supone un estado de desarrollo no sólo de tipo económico y social, sino fundamentalmente de carácter cultural, moral y espiritual de la humanidad*, lo cual constituye el *contexto social indispensable* para que las declaraciones, las instituciones y los procedimientos que se establezcan, hagan efectivo en la practica el resguardo y amparo de los derechos humanos.

Mientras no exista un ambiente cultural y de todo orden, en que tanto los gobiernos como las instituciones y los individuos están imbuidos de la necesidad de respetar la dignidad del hombre, no es mucho lo que se podrá avanzar en el aspecto puramente constitucional, legal o judicial de las garantías fundamentales. Por lo anterior, estima que *no es simple coincidencia*, sino una confirmación de lo que ha expresado, la circunstancia de que si se hace un estudio acerca de cuales son las naciones en que hoy día más se respetan efectivamente los derechos humanos, con escasas excepciones sin duda transitorias, se verá que son, precisamente, *aquellas naciones que van a la cabeza de la cultura, de la civilización y del desarrollo económico*. En relación con la clasificación[66] de los derechos humanos, señala el *Sr. Hübner* que, lo que

---

http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Sesión%2085,%20Celebrada%20en%207%20de%20Noviembre%20de%201974
Archivos de Sesión 85.

[66] En relación con la clasificación de los derechos humanos señala que ha sido objeto de grandes controversias y de muy diversos puntos de vista. Toda clasificación en materia de ciencias humanas o sociales, tiene mucho de relativo y arbitrario, más todavía si ella esta referida a la órbita jurídica o a la de los derechos fundamentales de la persona humana, en que hay muchas interferencias de unos con otros, ya que existen derechos que son condicionantes de otros y están profundamente entrelazados por múltiples vínculos, de modo que es muy difícil establecer compartimentos, estancos o líneas divisorias absolutamente rigurosas entre los distintos grupos de derechos.
Por regla general, las constituciones no consagran los derechos fundamentales en determinadas clasificaciones. Una de las Constituciones que contiene una clasificación, el a italiana de 1947, que distribuye los derechos y deberes en la primera parte del Capítulo primero en 4 grandes grupos:
1.- Relaciones Civiles: que contiene los derechos individuales de tipo clásico; libertad personal, inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, libertad de asociación, de reunión, de religión, de pensamiento, etc.
2.- Relaciones ético-sociales: destinado especialmente al tema de la familia, salud y educación.
3.- Aspectos económicos; la distribución del trabajo, la iniciativa económica privada, la propiedad, etc. y
4.- Relaciones políticas; elecciones, sufragios, partidos políticos y otras materias afines.
Desde el punto de vista doctrinario, la clasificación que ha tenido tal vez más difusión, es la del famoso jurista Karl Schmidt, que divide los derechos humanos en 3 grupos:

correspondería en nuestro texto constitucional,-…sobre todo dado el propósito general de internacionalización de los derechos humanos-, *es adecuar lo más que se pueda a nuestras instituciones con las declaraciones e instituciones internacionales*, siguiendo una *pauta similar, en su clasificación*, a la contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y en los *dos grandes Pactos*[67] o Convenciones Internacionales del ramo aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 1966[68].

Expresa además que, estos Pactos se hicieron necesario porque, pese a que en un principio se discutió si la Declaración Universal de los Derechos Humanos era simplemente una expresión de ideas comunes o si constituía una ley internacional positiva, poco a poco, por diversas razones que no es del caso mencionar, se ha formado y afianzado el concepto de que en realidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, *por sí misma, no ligaba jurídicamente a los distintos Estados*.

En consecuencia, la Organización de las Naciones Unidas sugirió un proceso mediante el cual se *volcaran en los Tratados Internacionales los principales derechos contenidos*

1.- Garantías de la esfera liberal individualista, que comprende tanto los derechos de libertad del individuo aislado; libertad de conciencia, la personal, la de propiedad, etc.;como los derechos de libertad del individuo en relación con otros; libertad de pensamiento, de reunión, etc.
2.- Derechos políticos de índole democrática, que son todo los que dicen relación con la posición del individuo frente al Estado, no sólo en su participación en la gestión pública, sino también la igualdad en el acceso a los cargos y el sufragio, y
3.- Derechos y pretensiones sociales, que son las prestaciones del Estado, como el derecho al trabajo, la seguridad social y otros.
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 85 celebrada el 7 de noviembre de 1974, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-. http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Sesión%2085,%20Celebrada%20en%207%20de%20Noviembre%20de%201974
Archivos de Sesión 85.

[67] El profesor se refiere al *Pacto Internacional* de Derecho Civiles y Políticos y al *Pacto Internacional* de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscritos por nuestro país en 1966, y que hoy en día, son normas aplicables al interior de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

[68] El profesor expresa que del texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se puede desprender, aunque ésta no hace ninguna clasificación, *5 grandes grupos de derechos*:
1.- *Derechos civiles*, fundamentalmente los de tipo clásico; igualdad, libertad de reunión, etc.
2.- *Derechos de tipo político-cívico*, relativos a la participación de las personas en la gestión de los negocios públicos, en las elecciones, etc.
3.- *Derechos económicos*, como el derecho a un buen nivel de vida, a un justo salario y otros similares;
4.- *Derechos sociales*; derecho al trabajo, a la protección de la maternidad, de la infancia, de la vejez y otros de la misma índole, y
5.- *Derechos de carácter cultural*; como el acceso los beneficios de la cultura, de la educación, a la ciencia y el arte.
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 85 celebrada el 7 de noviembre de 1974, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-. http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Sesión%2085,%20Celebrada%20en%207%20de%20Noviembre%20de%201974
Archivos de Sesión 85.

en la Declaración de 1948, con el *objeto de crear un vínculo jurídico obligatorio* como Derecho Internacional positivo de los distintos Estados.

Fue así como la Asamblea General, en diciembre de 1966, quiso *refundir prácticamente toda* la Declaración en dos grandes tratados internacionales[69]. Luego señala que existe una *limitación que considera indispensable destacar*, que se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, también en al Convención Europea; y que se podría consagrar como uno de los párrafos finales del Capítulo de los derechos humanos.

Esta limitación incide en que los derechos y libertades establecidos por la Constitución *no pueden entenderse, aprovecharse o aplicarse* ni por *persona* ni por *institución alguna* para destruir o menoscabar los mismos derechos y libertades que la Constitución contempla.

[69] En seguida manifiesta el *Sr. Hübner* que desea adelantar una materia que le parece bastante importante de observar, y a la que se referirá posteriormente a propósito de los mecanismos concretos para el cumplimiento de los derechos humanos. Ella dice relación con que ésta distinción-por un lado los derechos de tipo individual clásico y, por otro, los derechos modernos de carácter social, económico y cultural- tiene mucha amplitud en cuanto a la forma de hacerlos cumplir. La aplicación y la observancia de los derechos de tipo clásico individual se hacen relativamente expedita con una adecuada organización jurisdiccional y procesal, porque son, en definitiva, *derechos de un contenido negativo que implican simplemente no estorbar la esfera de la libertad del individuo*.
Por ejemplo, si un individuo es detenido, es menester la existencia de un tribunal al cual se recurra de amparo para que se le libere, porque se produjo una interferencia en su libertad. Si alguien se le priva de su propiedad, se hace necesario la existencia de un tribunal ante el cual se pueda entablar la acción reivindicatoria correspondiente, y así sucesivamente, desde el momento en que se produzcan entorpecimientos a la esfera de la libertad de un individuo, que haya un tribunal que ponga término a la molestia, y se reestablezca el respeto al derecho trasgredido.
Pero la situación es muy distinta cuando se trata de derechos de tipo económico, social o cultural, porque si se establece por ejemplo en la Constitución- tal cual lo consagra la Declaración Universal de los Derechos Humanos- que una persona debe tener derecho a una vivienda digna, y resulta que el sujeto vive en un país subdesarrollado, en una población marginal. ¿A qué tribunal va a recurrir en demanda del cumplimiento de ese derecho? O si se preceptúa que el individuo tendrá derecho a la educación y no hay escuelas suficientes en el país para tal efecto, ¿Cuál será el mecanismo jurisdiccional o el sistema de protección para hacer efectivo ese derecho? Por lo anterior estima que estos últimos *no son derechos simplemente negativos*, de abstención o de no estorbar o de reparar cuando se produce interferencias, *sino que constituyen derechos que suponen prestaciones positivas del Estado o de la sociedad en general, en cuanto a la existencia de los servicios sociales que permitan su efectiva realización*. Más adelante se lee: "que *todos ellos-derechos sociales-no pueden situarse en un mismo plano*, porque su observancia requiere el establecimiento de servicios y prestaciones no necesariamente del Estado como algunos han afirmado, a su juicio equivocadamente, sino en general de la sociedad. El derecho a la educación por ejemplo exige un número suficiente de planteles educacionales para que pueda ejercerse. ¿Ante que tribunal se va a reclamar,-insiste-en el evento de que no existan en número adecuado esos planteles, ya que estos últimos no sólo provendrán del Estado, sino que en gran parte, de los particulares? Lo mismo ocurre respecto de otros servicios, como los de la salud pública; de previsión social, etc. Sin perjuicio de la necesidad de promover el desarrollo social, económico y cultural para que la sociedad esté en condiciones de efectuar éstas prestaciones, puede suceder que existiendo los servicios se produzcan las discriminaciones, abusos y atropellos y que haya persona que no sean debidamente atendidas.
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 85 celebrada el 7 de noviembre de 1974, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-. http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Sesión%2085,%20Celebrada%20en%207%20de%20Noviembre%20de%201974
Archivos de Sesión 85.

Insiste el profesor que, dentro de las claras *limitaciones exigidas por el bien común*, ésta sería una de las más importantes, la cual no está contemplada en el texto constitucional -Carta de 1925-; esto es, *la imposibilidad de usar los derechos y libertades en un sentido que signifique menoscabarlos o destruirlos.*

Ya en la parte final de su exposición destaca que en lo relativo a los mecanismos concretos para la protección de los derechos humanos, se encuentra la "*adhesión del constituyente a las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos*", agregamos, como ocurrió con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos a nuestro ordenamiento jurídico nacional, Convención que junto con reconocer aquellos derechos humanos cuyo respeto es imperativo e insoslayable para cada uno de los Estados Partes, reconoce a su vez, *competencia* a la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* para una mejor observancia y aplicación de ésta Convención. A continuación destaca el profesor *Hübner*, que dentro de la moderna tendencia de limitación de la soberanía interna, cuando se trata de la aplicación de los derechos humanos y en razón de que estos interesan y afectan a la *humanidad entera* y, no a un sólo país, convendría que en ésta parte de la Constitución, hubiera una referencia expresa *aunque sea genérica*, respecto del propósito del constituyente de adherir al sistema de jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos.

Por último señalaremos que se deja constancia en ésta Acta Oficial en comento, que muchos de los planteamientos expuestos por el profesor Hübner son *absolutamente coincidentes con los pensamientos expresados en la Comisión Constituyente* y que sus observaciones serán extraordinariamente útiles apara la elaboración del Capítulo sobre las garantías constitucionales[70].

[70] El *Sr. Silva Bascuñan* expresa que en relación con los debates producidos y en los cuales se han visto muchas coincidencias entre lo manifestado por los miembros de la Comisión y lo expresado por el *Sr. Hübner*, desea hacer presente una inquietud, ya que todos han dado a conocer sus opiniones en forma muy provisional y no se ha enfatizado en ningún criterio.
Se declara convencido de que superar, en cuanto a la riqueza preceptiva, las Declaraciones a las cuales el *Sr. Hübner* se ha referido, es prácticamente imposible o una tarea sumamente difícil, aparte de ser extraordinariamente compleja, profunda y extensa.

Destacadas las Sesiones anteriores, que no hacen más que resaltar la evidente relevancia de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, y teniendo en consideración que la gran mayoría de sus artículos fueron *aprovechados* como fundamento y guía de los actuales preceptos constitucionales que regulan los derechos fundamentales que reconoce nuestra Carta Fundamental, derechos en los que por lo demás se inserta el derecho a vivir en un medio ambiente sano, libre de contaminación o vivir en equilibrio ecológico; se tratará a continuación la recepción del valor dignidad humana en la Carta Fundamental de 1980.

4.-Recepción del valor dignidad humana en la Carta Fundamental

El artículo primero de la Carta Fundamental, constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, consagra valores como la igualdad, libertad y dignidad, tanto porque lo señala expresamente, *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*, cuanto porque de aquellos valores, se extraen principios y reglas, que irradian, cristalizan y forman el contenido material de la Constitución, -y como expresa Luz Bulnes Aldunate-, "*orientando al intérprete en su*

En seguida coincide en que es conveniente actualizar, lo más posible, nuestra preceptiva en materia de derechos humanos; pero frente a ese obstáculo, es necesario buscar una fórmula en la cual nuestro país recoja, en le texto Fundamental todo el avance que sobre éste tema ha experimentado la civilización contemplando si la posibilidad de adecuarlo, posteriormente, al progreso que acerca de ésta materia se produzca en el futuro; todo ello sobre la base de documentos, tratados y declaraciones, de manera que la voluntad nacionales exprese en forma concreta y específica respecto del documento o la definición de que se trate.
En seguida, pregunta al *Sr. Hübner* si está de acuerdo en que la Constitución contenga un precepto concreto que define o incorpore a nuestro ordenamiento jurídico todas aquellas declaraciones, formulas, garantías y tribunales que se hubieran adoptado ya, o se adoptaren en el futuro.
El *Sr. Hübner responde* a la pregunta expresando que en las observaciones del *Sr. Silva Bascuñan* existe mucha coincidencia con lo que ha manifestado en su exposición , en orden a que la Constitución debe *abrirse a la adhesión* de los sistemas y organismos internacionales sobre la materia; *pero cree que no se puede limitar exclusivamente a reproducir lo que se haya formulado en declaraciones internacionales u otros documentos*, como lo han hecho algunas constituciones de ciertos Estados africanos que han reproducido en el texto integro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En realidad hay muy pocos matices respecto de los cuales el constituyente chileno debe afinar conceptos, aparte de los muchos pormenores que habrá que agregar.
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 85 celebrada el 7 de noviembre de 1974, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-. http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Sesión%2085,%20Celebrada%20en%207%20de%20Noviembre%20de%201974
Archivos de Sesión 85.

misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional"[71].

Éste valor –comenta *Luz Bulnes*-, es nuevo en nuestra historia constitucional y ha sido entendido por los autores, como *aquel que se debe a una persona en su calidad de tal*, y el respeto de esa dignidad es por consiguiente la *base del derecho*, y un Estado de derecho significa no sólo que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino que éste ordenamiento jurídico debe realizar lo que es adecuado para que la persona tenga su plena dignidad y pueda desarrollar libremente su personalidad[72].

La doctrina constitucional chilena –comenta *Luz Bulnes*- precisa este concepto señalando que, "la dignidad humana es *consustancial* a la vida humana y, por tanto es un *atributo que pertenece sólo a las personas naturales* a causa de la existencia *única e irrepetible* de cada individuo. Ni siquiera un comportamiento *indigno* priva a la persona de alguno de los derechos que le son inherentes en cuanto tal"[73].

El Tribunal Constitucional Chileno –dice Bulnes comentando una sentencia del Tribunal Constitucional- ha definido y aplicado éste valor, al ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley que creó la Unidad de Análisis Financiero, declarando que, "la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro código supremo, *es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto*, porque ella es la *fuente de los derechos esenciales y de las garantías* destinadas a obtener que sean resguardados"[74].

[71] Luz Bulnes Aldunate, Ob.Cit. en nota 29; página 120.
[72] Idem.; página 123.
[73] Idem.; página 124.
[74] Sentencia del tribunal Constitucional Rol N° 389 de 28 de Octubre de 2002 considerando 17. Sentencia citada por Luz Bulnes Aldunate, *principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia*. Revista Actualidad Jurídica

La idea de dignidad significa, *un derecho que engloba a todos los demás*, el *valor constitucional último*, es decir, el *fundamento de todos los derechos*, no limitándose sólo a los derechos relacionados con la *personalidad* sino que relacionado también a *derechos ligados con la convivencia*, y de esta manera *extendiéndose a todos los derechos*[75].

El profesor *Lautaro Ríos*, en el discurso inaugural de las Jornadas Chilenas de Derecho Público XXV,-expresa *Bulnes*- incluso expresó que "la dignidad de la persona humana es un *valor supraconstitucional y supraestatal*, toda vez que, siendo consustancial al ser humano, la Constitución y el Estado *sólo la reconocen, pero no la crean*, del mismo modo que ocurre con los *derechos fundamentales, que son su consecuencia*"[76].

4.1.- Importancia de los valores positivados en nuestra Constitución, en especial, el valor dignidad humana

La dignidad humana encontrándose positivado como valor constitucional en el artículo 1º de la Carta Fundamental, artículo que se encuentra además en el Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad, nos lleva a formular la siguiente pregunta acerca de ¿cuál es la relevancia de recoger este valor en una Carta Fundamental y ubicarla en el lugar más importante de ella, en definitiva de qué sirve introducirla en el núcleo esencial de la misma?.

Para responder a ésta pregunta seguiremos a *Teresa Freixes Sanjuán* y *José Carlos Remotti Carbonell*, quienes conciben a los valores constitucionales, como *meta normas* orientadas a la producción de otras normas, presentando entre todos ellos una relación

---

Universidad del Desarrollo, Nº 10 julio (2004) Santiago, Chile; página 128. Sentencia del Tribunal Constitucional disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_389.pdf

[75] Idem.; página 130.

[76] Lautaro Ríos Álvarez, *discurso inaugural de las Jornadas Chilenas de Derecho Público XXV*. Citado por Luz Bulnes Aldunate; página 130.

de *complementariedad y no de jerarquía*, debido a que tienen *idénticas estructuras jurídicas*, como reglas creadoras de instituciones constitucionales, transformándose los valores positivados, en *reglas prescriptivas*, es decir, *vinculantes, obligatorias, eficaces y expresivas de un contenido material*[77].

Para *Antonio Pérez Luño*[78], los valores son el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento, tienen una función orientadora, dirigiendo el ordenamiento hacia metas o fines predeterminados y una función crítica, porque sirven de criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas. A su vez *Gregorio Peces Barba*[79] entiende que los valores incorporan *contenidos materiales* a las Constituciones y considera que *legitiman el derecho*, complementado la finalidad integradora de la Constitución.

Pero no sólo los valores se encuentran positivados –destaca *Freixes y Remotti*- sino también las reglas constitucionales, que no obstante contener disposiciones específicas, a diferencia de los valores que enuncian cláusulas generales o finalidades, *ambas constan de forma explícita y concreta y claramente apreciables a través de una simple interpretación lingüística*[80].

Comentan además, que de éstas reglas se extraen los principios constitucionales, que una vez determinados tienen proyección normativa, es decir, en palabras de Manuel Aragón[81], consisten en *formulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas*, por tanto *no siempre constan explícitamente* en el texto constitucional, *pero se pueden deducir del mismo* a través de una interpretación estructural y sistemática.

[77] Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell, *valores y principios en la interpretación constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 12 N° 35 mayo-agosto (1992), pág. 100.
[78] Antonio Pérez Luño, *derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984). Citado por Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell, página. 101.
[79] Gregorio Peces Barbas, *los valores superiores* (1984). Citado por Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell; página 101.
[80] Idem.; pág. 98.
[81] Manuel Aragón, *constitución y democracia, 1989*. Citado por Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell; página 99.

Así entonces existen *principios positivados*, como el principio de la fuerza normativa de la Constitución, soberanía nacional, o supremacía constitucional, y aquellos que no se encuentran formulados expresamente *sino que se deducen* de una interpretación operativa a partir de reglas constitucionales, como por ejemplo el *principio democrático* que se extrae de la estructura constitucional[82].

Así entonces, podemos decir que los principios constitucionales tienen las siguientes características estructurales, son proyecciones normativas a partir de elementos reglados, son normas que se infieren de una interpretación operativa sobre las reglas constitucionales y contienen gérmenes de reglas indeterminadas, pero predictibles[83].

Teresa Freixes y José Carlos Remotti destacan, que del mismo modo que los valores, los principios constitucionales *cumplen una función informadora de todo el ordenamiento, que es más concreta que aquella que realizan los valores*, ya que por su mayor grado de precisión, ofrecen mayores argumentos para decidir el significado concreto de una regla. Así la posible transmutación de los principios en reglas, supone el ejercicio de opciones de política legislativa. El legislador concretará los principios constitucionales en reglas y el intérprete jurisdiccional aplicará las reglas inferidas de los mismos, pero con un menor grado de discrecionalidad que el legislador ya que el contenido material de los principios determinará el sentido de las reglas durante el proceso de interpretación[84].

Además los autores agregan a lo anterior, que los principios no sólo cumplen una *función positiva* a través de su categoría de informar el ordenamiento, sino que también cumplen una *función negativa*, que se concreta mediante la *fuerza derogatoria* de la

[82] Idem.; página 102.
[83] Idem.; página 103.
[84] Ibidem.

Constitución y por tanto *depuran* el ordenamiento, garantizando que el contenido material de las normas jurídicas se ajuste al previsto constitucionalmente[85].

En nuestro sistema jurídico el Tribunal que tiene como fin esencial velar por el respeto, coherencia y subordinación de las demás normas del ordenamiento jurídico a los valores, principios y reglas constitucionales, es el Tribunal Constitucional, consagrado por la Carta Fundamental de 1980, en los artículos 92 y siguientes.

Al respecto don *Manuel Jiménez Bulnes*, -comenta *Miguel Fernández González*- en discurso pronunciado -en 1996- como presidente de éste Tribunal, expresaba que,"la función de velar por la *supremacía de la constitución y la protección de los derechos fundamentales* que tiene el Tribunal lo hace normalmente merecedor del *título de garante* de la Constitución por excelencia, pero es del caso dejar en claro, que *no* es el *único* órgano obligado a defender la Constitución, pues tal defensa es un *deber general de todos los órganos del estado, de sus integrantes y de toda persona, institución o grupo*, según se desprende entre otros preceptos, de los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental al prescribirles su acatamiento y actuación conforme a ella. Pero la gran diferencia existente entre los órganos e instituciones encargados también de la defensa de la Constitución es que *ésta obligación es en general un deber genérico* y la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones o de una más entre ellas. En cambio, para el Tribunal Constitucional, *su única razón de ser y existir, es la defensa de la totalidad de la Constitución y no de una de sus partes*[86]".

Como toda norma jurídica, la Carta Fundamental no sólo debe ser interpretada y aplicada, sino que el interprete debe imprimir un sentido finalista en ese proceso

[85] Idem.; página 104.
[86] Manuel Jiménez Bulnes, discurso pronunciado como Excmo. Señor Presidente del Tribunal Constitucional, el día 29 de enero de 1996. Citado por Miguel Ángel Fernández González, *la fuerza normativa de la constitución*, Revista de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile, vol. 63 (2001), al pie de página 82.

hermenéutico y en relación con éste proceso, expresaremos -siguiendo a Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell-, la Carta Fundamental determina una *jerarquía* entre los valores y los principios, pues los primeros son *superiores* de todo el ordenamiento jurídico y deben ser *fundamento de todos los principios y reglas jurídicas*[87].

Es más, si entre los valores subyacentes a las normas existe conflicto o, en su caso, lo exista entre los principios extraídos de las mismas, debe encontrarse una interpretación que no anule ninguno de los valores o en su caso, principios[88].

El interprete velará por el *contenido material* de una Carta Fundamental, expresado en los valores y principios, ya que a partir de la *función fundamentadora, orientadora y crítica* de los primeros e *informadora* de los segundos pretenden asegurar que *el contenido material del ordenamiento jurídico esté de acuerdo con el orden material establecido en ellos*, careciendo entonces de legitimidad las normas jurídicas que no respondan a ese orden de valores y principios ya que quebrarían la finalidad integradora de la constitución[89].

4.2.- Ejemplo de aplicación de valores y principios por órganos del Estado distintos a los órganos jurisdiccionales

Debemos destacar que no sólo aplican valores y principios, los jueces en su proceso hermenéutico, sino también, el legislador y el jurista, ya que la vinculación a la Constitución no exime a nadie del cumplimiento de tales institutos normativos[90].

El legislador aplicará valores y principios constitucionales en el *proceso de formación de la ley*, en el evento de no aprobar un proyecto de ley, por contener normas contrarias

[87] Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell, Ob.Cit. en nota 86; página 105.
[88] Ibidem.
[89] Ibidem.
[90] Ibidem.

a la Constitución, pues de lo contrario el Tribunal Constitucional conociendo a través del control obligatorio dispuesto en el N° 1 del artículo 93 de la Carta Fundamental o a requerimiento de quienes sean legitimados constitucionalmente para ello en los demás casos que correspondan, declarará la inconstitucionalidad del proyecto de ley que contradiga a la Carta Fundamental.

Podemos agregar que también se visualiza la aplicación de valores y principios en el ejercicio de la facultad conferida al Presidente de Sala de cada Cámara o de las comisiones en su caso, al declarar la inadmisibilidad de una *indicación contraria a la Constitución* conforme a los artículos 24 y 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional[91] y de las respectivas disposiciones en los reglamentos de cada una de las Cámaras[92].

Además conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, no se admitirá a tramitación proyecto alguno que proponga conjuntamente normas de ley de reforma constitucional, o que no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo anterior.

Es decir en este caso, el Presidente de la Sala debe primero *constatar* si el proyecto de ley es contrario a las disposiciones de la Carta Fundamental, y si a su juicio lo es, declarará la inadmisibilidad del proyecto. Esto es lo que ocurrió precisamente con el proyecto de ley que pretendía despenalizar el aborto, presentado por los diputados Alinco y Enríquez-Ominami, en el mes de noviembre de 2006. En éste caso, el

[91] El texto de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/30289.pdf

[92] Artículo 53 del reglamento de la Cámara de Diputados y los artículos 118 incisos 4 ° y 5° y 131 N° 4 y 5, del reglamento del Senado. El texto del Reglamento del Senado se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica, se debe pinchar icono organización y luego Reglamento del Senado: http://www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/edic/base/port/portada.html
El texto del Reglamento de la Cámara de Diputados se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.camara.cl/legis/down/rcd_05.pdf

Presidente de la Cámara de Diputados, Sr. Antonio Leal Labrín expresó al declarar la inadmisibilidad del mencionado proyecto que "la referida moción vulnera claramente el mandato que el constituyente ha otorgado al legislador de *proteger la vida del que está por nacer*, al establecer plazos y condiciones arbitrarias para la disposición de la vida fetal que exceden el marco fijado por la Carta Fundamental.

Agrega que dicho mandato es *inexcusable para el legislador* quien debe favorecer y resguardar la vida del no nacido, *cuestión que surge claramente de una interpretación armónica de ambos incisos del artículo 19, número 1 de la Constitución*. Por ello, el Presidente indica que *se requiere previamente una reforma constitucional* que regule con mayor precisión el mandato entregado al legislador, que aclare sus alcances o que compatibilice las normas constitucionales reafirmando la posibilidad de que el legislador pueda establecer un régimen legal diferenciado entre el nacido y el no nacido, cuestión ampliamente debatida en nuestra doctrina" [93].

Por tanto, de acuerdo a lo expresado anteriormente, ésta facultad legal, puede impedir la discusión general de un proyecto, es decir, de todo aquello que diga relación con las ideas matrices o fundamentales de la moción o mensaje.

Creemos que es discutible la constitucionalidad de ésta facultad, ya que precisamente sólo un representante en cada Cámara de todos los que han elegido los ciudadanos para que los representen en el Congreso, -sus respectivos Presidentes de Sala- pueden impedir que se admita a tramitación un proyecto de ley que contenga normas que *a su juicio e interpretación*, sean contraria a la Carta Fundamental. En realidad creemos que tal facultad importa en la práctica *un veto a priori, encubierto,* no expresamente

[93] Diario electrónico de la Cámara de Diputados, martes 21 de noviembre de 2006. Disponible en la siguiente dirección electrónica utilizando en el buscador interno la palabra inadmisibilidad o ingresando la fecha del diario electrónico: http://www.camara.cl/diario/diario2.htm

contemplado en la Carta Fundamental, que por lo demás no se justifica –aunque este en contra de nuestras más íntimas convicciones-, tanto porque existen otros órganos de control dispuestos por la propia Carta encargados de velar por la supremacía constitucional, como lo es principalmente el Tribunal Constitucional o el Presidente de la República, que al ejercer su atribución exclusiva de veto, conforme al artículo 73 en casos de proyectos de ley ó 128 en casos de reforma a la Carta fundamental, ejerce además un control[94], velando por la supremacía constitucional, y cuanto porque, precisamente el lugar donde necesariamente se debe discutir sobre valores, principios e ideas, *aunque sean contrarios a nuestras más íntimas convicciones,* es precisamente en el lugar donde se desarrolla el gran debate nacional, esto es, el Congreso Nacional. Una facultad de tal relevancia, debería consagrarla expresamente nuestra norma suprema.

4.3.- Ejemplo de aplicación de valores y principios por los órganos jurisdiccionales

A su vez los Tribunales Ordinarios de Justicia también aplican valores y principios constitucionales, verbigracia, al conocer de la *acción de protección* en donde una Corte de Apelaciones o la Corte Suprema en su caso, deberá velar por el resguardo y protección de los derechos fundamentales, con el fin de reestablecer el imperio del derecho. La Corte aplicará los valores y principios constitucionales al utilizar la carta fundamental como *parámetro valórico*, al que deben adecuarse las conductas humanas.

Es más, como las leyes se *presumen constitucionales*[95], puede ocurrir que un juez de la República al dictar sentencia crea que una ley no respeta los valores o principios

[94] Rafael Oyarte Martínez, *límite y limitaciones al poder constituyente*. Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, número especial (1998), pág. 81 y 82.

[95] En este sentido el comisionado *Sr. Bertelsen* en Sesión Nº 411 de 6 de septiembre de 1978, expresó que "considera que toda norma jurídica goza de una presunción de validez mientras no haya sido declarada inaplicable o inconstitucional, lo cual en todo caso, no esta a cargo de la autoridad administrativa. Se lee a continuación que la comisión acuerda mantener la disposición en los términos propuestos *pero dejando constancia de la interpretación dada por el Sr. Bertelsen*".
Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión Nº 411 de 6 de septiembre de 1978, página 3 de documento pdf, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=18&codigo=Cap%EDtulo%203,%20De%20los%20Derechos%20

constitucionales[96], en ese evento, puede de *oficio*, conforme a nuestra Constitución, promover un juicio incidental de inconstitucionalidad.

La reforma constitucional de 2005 y en lo relativo al Tribunal Constitucional, introdujo en el numeral 6 del artículo 93 *el juicio incidental de inconstitucionalidad*. De esta forma se consagra *un dialogo y una colaboración* entre Tribunales Ordinarios y el Tribunal Constitucional, como asimismo permite concretar con eficacia la fuerza normativa de la constitución, su supremacía y defensa[97].

Además en este número no sólo tienen legitimación activa los jueces, los tribunales o los funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las que se desarrolla el procedimiento judicial o administrativo respectivo, *sino también la parte en la respectiva gestión judicial* que se considera afectada por la aplicación de dicho precepto legal[98].

Además colaboran con el deber del Tribunal Constitucional de velar por el principio de supremacía constitucional, *cualquier ciudadano basado en el interés público de defender la constitución* ante su eventual vulneración por un precepto legal considerado inconstitucional"[99], en el caso del artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental.

Se debe agregar, por último, que la interpretación y aplicación de valores, debe efectuarse operando con *criterios normativos*, puesto que ambos son prescriptivos y vinculantes y, por tanto, susceptibles de interpretación jurídica. En la interpretación de valores y principios se deberá buscar en cada caso concreto, el máximo efecto

---

y%20Deberes%20Constitucionales Se debe copiar y pegar la dirección electrónica, y en el caso de no acceder directamente a la página que contiene la sesión, se la debe buscar en Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales.

[96] Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell, Ob.Cit. en nota 94; página 106.

[97] Humberto Nogueira Alcalá, *el control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del tribunal constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2006), página 450.

[98] Idem; página.451.

[99] Idem; página.452.

integrador en aras de conseguir que, en esencia, el efecto normativo y la función legitimadora de valores y principios se ajuste a la estructura y funciones previstos constitucionalmente para ellos"[100].

4.4.- Necesidad de coherencia entre valores, principios y preceptos constitucionales y los valores y principios medio ambientales

Teniendo presente lo expuesto supra, los valores y principios ambientales recogidos y desarrollados por el derecho internacional, principalmente a través de tratados protocolos, declaraciones, resoluciones, y otros instrumentos de carácter internacional, *deben ser coherentes y subordinarse al contenido dogmático de una Carta Fundamental*, por tanto, no pueden contradecir sus valores, principios y reglas constitucionales, pues si eso llegase a ocurrir estos tratados, protocolos y el soft law que los fundamenta, no podrían ser incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, ya que el Tribunal Constitucional en ejercicio de sus atribuciones a través de un control preventivo o a priori tratándose del numeral 1 y 3 del artículo 93 de la Carta Fundamental, impedirá que una norma internacional contraria a la Constitución se incorpore al ordenamiento interno, velando en todos estos casos, por la coherencia, subordinación y respeto de la carta fundamental, es decir, velará por el principio de supremacía constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, cualquier Tratado, Protocolo y aún las Declaraciones como también las resoluciones adoptadas en Conferencias o por Organismos Internacionales a los que pertenece nuestro país, como asimismo, los demás instrumentos internacionales que se acuerden en el futuro, *deben contener valores y principios coherentes y subordinados a los valores principios y reglas*

[100] Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell, Ob.Cit. en nota 77; página 109.

constitucionales consagrados, sólo así estos principios y valores ambientales vigentes, podrán ser interpretados y aplicados por los tribunales de justicia y resguardados por el Tribunal Constitucional.

Insistimos y recalcamos lo expuesto más arriba, porque por una parte, *los valores ambientales*, como el valor de respetar el entorno sin dañarlo o contaminarlo, o si se quiere, el valor de respetar otras formas de vida, y por otra, los principios emergentes del derecho internacional del medio ambiente, verbigracia, el principio preventivo, precautorio, desarrollo sustentable, contamina paga, o responsabilidades compartidas pero diferenciadas, por nombrar sólo algunos, al encontrarse ambos consagrados y desarrollados en tratados internacionales de contenido ambiental, en sus respectivos protocolos y por cierto también, en su fuente por antonomasia las *Declaraciones*; se han ido incorporando paulatinamente en nuestro ordenamiento, ya sea directamente en el caso de tratados y protocolos que los consagran, ya sea indirectamente en el caso de las Declaraciones, pues respecto a estas últimas, creemos que al ser entendidas como *elemento interpretativo* de un Tratado, conforme al 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *pasan a formar tácitamente parte de él*, tanto porque lo fundamentan y le dan la dirección necesaria que deben seguir las propias normas internacionales en él contenidas, así como las normas de derecho interno que lo desarrollen y lleven a cabo en detalle, cuanto porque así lo dispone el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo.

Y queremos recalcar que se han podido incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, porque tales valores y principios, no contradicen los valores y principios y reglas constitucionales contenidos en la Carta Fundamental, porque la libertad, igualdad y sobre todo la *dignidad*, como valor supremo contenida en ella, acoge, recepciona,

cobija, ampara, refugia a estos nuevos derechos, principios y valores *basados en la solidaridad*, pues ellos no hacen más que desarrollar y expresar con otros términos que el ser humano es más *libre*, si conquista más espacios para el desarrollo de sistemas ambientalmente humanos, es más *igualitario*, si logra compartir sus recursos naturales manteniendo la viabilidad de un planeta para las futuras generaciones, y por sobre todo, se dignifica así misma la humanidad, si respeta al medio ambiente, porque con ello no sólo va a permitir el desarrollo y supervivencia de otras formas de vida, sino también la suya, la de los suyos y las de los demás seres humanos y seres vivos y de todos aquellos que vendrán.

Ahora que hemos destacado la relevancia de los valores, su aplicación e interpretación y entre ellos el valor de la dignidad humana, destacaremos la importancia del derecho humano al medio ambiente sano y como éste es recogido principalmente por el valor dignidad humana tanto en nuestra Carta Fundamental, cómo en los numerosos instrumentos internacionales vinculantes o no.

5.- *Derecho humano a un medio ambiente sano*

Como hemos expuesto supra, se reconocen nuevos derechos como son los denominados *derechos solidaridad*, respecto de los cuales nos referiremos al derecho humano a un medio ambiente sano.

Se ha sostenido –comenta *Armando Cartes Montory*- que los derechos ambientales corresponden más bien, al campo condicionado de la política y no al incondicionado de

los derechos. Para algunos se trataría en última instancia, sólo de fines políticos o aspiraciones sociales[101].

Para aclarar ésta disyuntiva –explica *Armando Cartes*- debemos remontarnos al origen de la doctrina de los derechos humanos, que desde una perspectiva histórica surge con la filosofía jurídica de la Ilustración, que bregaba por establecer un *minimum ético*, fundado en las ideas de la libertad y dignidad de la persona[102]. Estos derechos –agrega *Cartes*- se conquistaron en la época de los movimientos revolucionarios de las clases medias o burguesas y las guerras de independencia política y búsqueda de unidad nacional entre los siglos XVIII y XIX, que comprenden básicamente derechos civiles y políticos[103]. Surgen entonces los derechos de la primera generación o *derechos de la libertad* como, el derecho a la vida, libertad personal, libertad de expresión, y podemos agregar el derecho a la libertad de conciencia, culto, asociación y reunión, entre otros; derechos que según el profesor *Enrique Barros –acota Armando Cartes Montory-*, conforman lo que se denomina el *núcleo normativo del constitucionalismo clásico*[104].

Luego por inspiración de las revoluciones nacionalistas y socialistas de comienzo del siglo XX surgen los denominados derechos económicos, sociales y culturales.[105] Comienzan a consagrarse los llamados *derechos de la igualdad*, al producirse una expansión de los bienes jurídicos de aquellas actividades que siendo consideradas del ámbito privado, pasan a ser tareas de la sociedad y del Estado. Se consagran el derecho a

[101] Armando Cartes Montory, *bases constitucionales del derecho al medio ambiente.* Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián, N° 1 (1999) Concepción, Chile, página. 152.
[102] Idem.; página. 152.
[103] Felipe Tredinnick Abasto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su aplicación directa*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2002), pág. 349.
[104] Enrique Barros, *crítica a un concepto expansivo de los derechos humanos*. Citado por Armando Cartes Montory; página 152.
[105] Felipe Tredinnick Abasto, Ob.Cit. en nota 103; página 349.

la salud, educación[106] y también podemos agregar también, el derecho al trabajo y a la seguridad social, entre otros.

Ya con posterioridad a la segunda guerra mundial y derivados de las transformaciones experimentadas por el mundo, se erigen como derechos humanos, el derecho a la paz, derecho al desarrollo, derechos de los consumidores, derecho a la libre determinación de los pueblos y el *derecho al medio ambiente*, entre otros.

Son los llamados *derechos de la solidaridad*[107]o *derechos colectivos de los pueblos*, que buscan *generar conciencia* acerca de la clase de planeta que tenemos y sus necesidades vitales que buscan la supervivencia de la humanidad. Incluso actualmente ya se habla de la cuarta generación de derechos humanos, que incluiría los derechos de las generaciones futuras e hipotéticos derechos de otros seres vivos, como los animales y la naturaleza[108].

La viabilidad del reconocimiento de una tercera generación de derechos humanos fue sugerida por *Karel Vasak*[109]*-comenta Moyano-* en 1977, cuando se preguntó, si la evolución reciente de la sociedad humana no exigía que se estableciera una tercera categoría de derechos humanos, que fue denominada como derechos humanos de tercera generación. Estos derechos corresponden a las *nuevas necesidades* del hombre y de la colectividad humana en el *actual grado de desarrollo y evolución*[110], estructurándose sobre el sentido común de la solidaridad humana. La tercera generación se inspira como ya lo enunciara Karel Vasak –comenta *Gros Espiell citado por Moyano-*, *en una cierta concepción de la vida humana en comunidad*, y tales derechos sólo pueden ponerse en

[106] Armando Cartes Montory, Ob.Cit. en nota 101; página 152.
[107] Idem., página 152 y 153.
[108] Felipe Tredinnick Abasto, Ob.Cit. en nota 103; página 349.
[109] Karel Vasak, *la larga lucha por los derechos humanos*, el Correo de la Unesco, noviembre (1977). Citado por César Moyano Bonilla, *derecho a un medio ambiente sano*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 82 enero-abril (1995), boletín disponible en documento pdf página 13, http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=82
[110] Héctor Gros Espiell, *estudios sobre derechos humanos*, Editorial Jurídica venezolana (1985). Citado por César Moyano Bonilla; boletín disponible en documento pdf página 13, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/82/art/art9.pdf

práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos, individuos y Estados, órganos públicos y privados[111].

Ahora mientras que los derechos de la primera generación -*civiles y políticos*- se basan en el *derecho a oponerse al Estado* y los de segunda generación *en derechos a exigir al Estado*, los derechos humanos de la tercera generación que se proponen a la comunidad internacional, son los derechos de la solidaridad[112].

Tales derechos de la solidaridad, sólo se pueden poner en práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos, por tanto si los derechos del individuo enunciados en la declaración universal, garantizados y protegidos por los dos *Pactos*[113], no son respetados, sino existe en la realidad el derecho a la libre determinación de los pueblos, y si el derecho a la paz no está consagrado en los hechos, *si la vida humana no transcurre en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado* y si la convivencia de los individuos no transcurre en el orden y en la seguridad fundados en la libertad y la justicia, el desarrollo es imposible y *el derecho que todo hombre tiene al respecto no puede considerarse verdaderamente existente*[114].

Así entonces, siguiendo en esta parte al profesor *Agustín Ramírez Sierra* señalaremos que en el ámbito europeo, en 1970, la Conferencia Europea sobre la Protección de la Naturaleza propuso por primera vez un protocolo para incorporar a la Carta Europea de Derechos Humanos el derecho al medio ambiente, como un derecho humano. Sin

[111] Héctor Gros Espiell, *estudios sobre derechos humanos*, Editorial Jurídica venezolana (1985). Citado por César Moyano Bonilla; boletín disponible en documento pdf página 14, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/82/art/art9.pdf
[112] Karel Vasak, la larga lucha por los derechos humanos. Citado por Héctor Gros Espiell, el derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 37 (1980), documento en formato pdf pág. 4 y 5, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=37
[113] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
[114] Héctor Gros Espiell, *el derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 37 (1980), documento en formato pdf pág. 15, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=37

embargo, hasta el momento dichas iniciativas no han contado con la aprobación general al interior del Consejo de Europa[115].

El *derecho al entorno* tiene su más remoto *origen* en la preocupación por la supervivencia de la especie y por lo tanto es por definición una preocupación entorno a la supervivencia del ser humano y su calidad de vida en la tierra[116]. Es así que se ha reconocido que el derecho a un medio ambiente sano se encuentra implícito en otros derechos humanos[117], es más, la Corte Suprema Italiana ha reconocido el derecho a un medio ambiente sano, como *corolario* del derecho constitucionalmente protegido a la salud[118]. *Todos los derechos del hombre son interdependientes y cada uno condiciona a los restantes*[119].

Así entonces, creemos que el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la vida al encontrarse consagrados en un ordenamiento jurídico y protegidos adecuadamente por los órganos del Estado y en particular por los órganos jurisdiccionales competentes, *se benefician recíprocamente de tal protección, como consecuencia de la intima conexión entre los bienes jurídicos que tutelan cada uno de ellos, la vida o salud, humana o natural en cada caso*. Así entonces, diremos que se verifica una verdadera *simbiosis*[120] *jurídica*, cuando *a causa de la contaminación*, se protege alguno de estos derechos, como ocurre, verbigracia, cuando se prohíbe el derrame de residuos líquidos industriales a un río porque se han superado los valores de las concentraciones

[115] Agustín Ramírez Sierra, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho humano y su protección a partir de los tratados internacionales suscritos por chile. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado Chile, año 1 N° 2 diciembre (2000), formato pdf pág.1, disponible en https://www.cde.cl/revista.php?id=135
[116] Agustín Ramírez Sierra; formato pdf pág.2, disponible en https://www.cde.cl/revista.php?id=135
[117] Santiago Felgueras, *derechos humanos y medio ambiente*, dirección editorial Dr. Rubén Villela, 1 Ed. Buenos Aires, Argentina, febrero (1996), pág. 64.
[118] Idem.; pie de página N° 92, pág. 63 y 64.
[119] Héctor Gros Espiell, *el derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 37 (1980), documento en formato pdf pág. 15, disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=37
[120] *Simbiosis*; asociación íntima de dos organismos de distintas especies con importantes beneficios para ambos. La Enciclopedia, Salvat Editores S.A., volumen XVIII (2004) Madrid, España. *Simbiosis*; asociación de individuos animales o vegetales de diferentes especies, sobre todo si los simbiontes sacan provecho de la vida en común. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición (2001)

establecidos por las normas *secundarias* de calidad ambiental[121], ya que con tal prohibición no sólo se protege al medio ambiente sino que también la salud y con el tiempo la vida de la población humana que bebe de esa agua contaminada, río más abajo, o viceversa, si se prohíbe las descargas de residuos líquidos industriales a un río porque han superado los valores de las concentraciones dispuestas en las normas *primarias* de calidad ambiental[122], no sólo se estará protegiendo la vida o salud de las personas, sino que también con ello el medio ambiente porque la contaminación también afecta a los demás seres vivos que dependen del vital elemento.

En este ejemplo, cada una de las normas de calidad ambiental tiene su propio objeto de protección, las *primarias* se encuentran dirigidas a proteger la vida o salud de las personas y las *secundarias* a proteger o conservar el medio ambiente o preservar la naturaleza y por tanto, sin lugar a dudas, cuando *por causa de la contaminación*, se protege a uno de ellos, *es inevitable su enriquecimiento recíproco, pues existe una conexión umbilical primigenia, entre el medio ambiente y la vida, que está dada por la naturaleza*.

Es evidente que para el desarrollo de la vida se requiere un entorno apropiado y el *mantenimiento de ciertos estándares ambientales mínimos* es una consideración necesaria para el desarrollo del principal derecho humano, el *derecho a la vida*. De esta

[121] Definición de norma secundaria de calidad ambiental, ley N° 19300 de Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra 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 o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza. El texto de la ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/30667.pdf

[122] Artículo 2 letra n) de la ley 19300 define como 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. El texto de la ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/30667.pdf

manera vemos que se hace muy difícil desvincular el derecho al medio ambiente de la esencia de la protección de los derechos de las personas[123].

Están tan *íntimamente ligados*, que la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, ha fundamentado en su fallo *López Ostra vs. España* en que un ambiente excesivamente contaminado ha perjudicado el derecho a la intimidad del domicilio de un ciudadano comunitario. En este caso el exceso de humo –agregamos olores desagradables y ruido- emanados de una curtiembre obligó al cambio de residencia de algunos habitantes del pueblo de Lorca, quienes recurrieron ante la Corte Europea en virtud de la vulneración del Derecho a la intimidad del hogar garantizado en el Art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, alegando la presencia de humos nocivos y el deterioro de las condiciones ambientales que hacían imposible el desarrollo de la vida en su domicilio[124].

Se debe destacar que la Convención Europea de Derechos Humanos -*en adelante CEDH*- no consagra como derecho humano el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación, -a diferencia de la Convención Americana de Derechos Humanos que sí lo reconoce por incluirlo el Protocolo Adicional a ella, *San Salvador*- es así entonces, que a través de la protección de otros derechos de las personas, se ha llegado a proteger el medio ambiente, desnaturalizando incluso a juicio de algunos, ciertos derechos personales, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Siguiendo a *Francisco Velasco Caballero,* la aplicación del derecho a la inviolabilidad del domicilio al caso de autos -agregamos *López Ostra v/s España*- parece un exceso interpretativo. El Tribunal Constitucional –agregamos España- había resuelto que tampoco puede considerarse que la invasión de olores desagradables, ruidos y humos,

[123] Agustín Ramírez Sierra, Ob.Cit. en nota 115; formato pdf, pág. 3, disponible en https://www.cde.cl/revista.php?id=135
[124] Agustín Ramírez Sierra, formato pdf, pág. 3, disponible en https://www.cde.cl/revista.php?id=135

generados por la planta depuradora entrañe la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, so pena de desnaturalizar el contenido de ese derecho[125].

Con anterioridad a ésta Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *-en adelante STEDH-* la jurisprudencia y doctrina habían apuntado la *posibilidad* de articular el derecho a la inviolabilidad del domicilio *al servicio de la protección del medio ambiente*. Así en el caso *Powell y Rayner v/s Reino Unido,* considera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *-en adelante TEDH-*, *aunque desestima el recurso,* que el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow, había *disminuido la calidad de vida privada y el disfrute del hogar de los demandantes*[126]. En definitiva concluye *Velasco Caballero,* que la *STEDH* en el caso López Ostra v/s España, *consolida la subjetivación del derecho ambiental*. Agrega que el medio ambiente *no es sólo una cuestión de Estados, es también una cuestión de individuos.*

Y entonces el medio ambiente es protegible inmediatamente a través de los derechos y libertades de cada uno. Ahora en lo que no está de acuerdo éste autor, es en la selección de los derechos vulnerados, ya que *carece de justificación desplazar a la hora de la protección del medio ambiente*, el derecho a la vida y a la integridad, a favor del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Además resulta excesivo –agregamos en el caso de autos- que se incluya dentro del ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, la calidad de vida en el domicilio, pues los niveles de bienestar social -así, de calidad de vida- no son cuestión del *TEDH*, sino del legislador nacional[127].

[125] Francisco Velasco Caballero, *la protección del medio ambiente ante el tribunal europeo de derechos humanos.* Revista Española de Derecho Constitucional, año 15 N° 45 septiembre-diciembre (1995), página 310.
[126] Idem.; página 309.
[127] Idem.; página 324.

Ahora el derecho humano a un medio ambiente sano comienza a consagrarse *expresamente* en instrumentos internacionales, a partir de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano[128] en 1972.

Esta Declaración si bien sólo tiene el carácter de *soft law* y no obstante *no ser vinculante*, puede *constituir un elemento interpretativo*[129] conforme a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo de 1969[130], en su artículo 31 N° 2[131]. Esta Declaración se genera como una respuesta ante los cada vez más abundantes desastres ecológicos y la progresiva pérdida de recursos naturales a nivel planetario, formándose *conciencia universal*, de que los problemas que sufre nuestro entorno y que el respeto a los derechos de las personas, demandan una preocupación de todos[132].

Junto a la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano se han consagrado anterior y posteriormente a ella, una serie de declaraciones, pactos y convenciones, que desde la propia Carta de las Naciones Unidas, consagran *valores y principios* que fundamentan los Derechos Humanos y por ello son instrumentos que tienen que ser considerados *obligatoriamente* para concebir como derecho humano al medio ambiente, pues la libertad, igualdad y dignidad no hacen más que humanizar el derecho, y por consiguiente, cualquier derecho que se pretenda reconocer como humano, debe necesariamente emanar y ser coherente con los valores expresados por la Declaración

[128] El texto de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ideam.gov.co/apc-aa/img_upload/467567db4678d7b443628f8bc215f32d/Estocolmo.pdf
[129] Agustín Ramírez Sierra, Ob.Cit. en nota 115; formato pdf, página 2, disponible en https://www.cde.cl/revista.php?id=135
[130] La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y su anexo, fue suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969. Promulgada por el Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 381 de 05/05/1981 y publicado en el Diario Oficial el día 22 de Junio de 1981, convención que en virtud del artículo 5° del decreto ley N° 247, de 17 de Enero de 1974, dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República. El texto de ésta Convención se encuentra disponible en la siguiente dirección: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp453.pdf
[131] En la sección tercera sobre interpretación de los tratados, su artículo 31 establece como regla general de interpretación lo dispuesto en su N° 2; Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
[132] Agustín Ramírez Sierra, Ob.Cit. en nota 115; formato pdf, página 2, disponible en https://www.cde.cl/revista.php?id=135

Universal de los Derechos Humanos y el desarrollo normativo internacional que le sigue a ella.

Algunos de tales instrumentos, ya se han mencionado más arriba, como la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Otros como la *Proclamación de Teherán* (1968)[133]tuvieron por objeto *examinar* los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En ella se *reafirmaron* una serie de instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos, agregando que en todos éstos instrumentos *se han establecido nuevas normas y obligaciones que todas las naciones deben aceptar*. Además *declara solemnemente* en el punto 13º que, como los derechos humanos y libertades fundamentales son *indivisibles*, la *realización* de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales *resulta imposible*.

Luego se proclamó la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972), y en 1976 se adoptó la Carta de los Derechos Universales de los Pueblos[134], que en su sección V referida al derecho de los pueblos al medio ambiente y a los recursos comunes declara en su artículo 16º que *todo pueblo tiene derecho a la conservación, la protección y el mejoramiento de su medio ambiente*. Posteriormente la Carta Africana

[133] *Proclamación de Teherán*, acordada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el día 13 de Mayo de 1968. Se reafirmaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, así como otras convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos, aprobadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, los organismos especializados y las organizaciones intergubernamentales regionales. El texto de la Proclamación de Teherán se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/b_tehern_sp.htm

[134] La *Carta de los Derechos Universales de los Pueblos*, fue acordada en Argel, el día 4 de julio de 1976, en un simposio internacional convocado por 2 organizaciones no gubernamentales de carácter internacional; la Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, así como la Fundación Internacional por el Derecho y la Liberación de los Pueblos (enero de 1976), ambas organizaciones creadas con el consenso de casi todos los miembros del Tribunal de Russell (al finalizar el segundo tribunal). Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.turemanso.com.ar/tierra/ddhh/pueblos.html

sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos[135] o *Carta de Banjul* (1981) proclama en su artículo 24º que todos los pueblos tendrán *derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo*.

A ella le sigue la Carta Mundial de la Naturaleza[136] (1982), *de profundo contenido ambiental*, que en su *preámbulo* se destaca, no sólo que la especie humana es parte de la naturaleza en la que hunde sus raíces nuestra civilización, sino que ha sido determinante la conexión con ella, tanto porque la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales, cuanto porque la naturaleza ha moldeado la cultura humana influyendo incluso en todas sus obras artísticas y científicas.

Coloca énfasis, en que *toda forma de vida es única y debe ser respetada*, cualquiera sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínsico, el hombre ha de guiarse por un *código de acción moral*, que impida que la acción humana transforme la naturaleza o agote sus recursos, ya que urge mantener el equilibrio natural, su calidad y la conservación de los recursos naturales.

Recuerda que la explotación excesiva de la naturaleza no sólo *no* trae aparejado beneficios duraderos, sino que genera conflictos, que se evitan con la conservación de la naturaleza, ya que ella va de la mano con la justicia y el mantenimiento de la paz. Por lo tanto, lo que se exige es una la *explotación racional* los recursos naturales, debiendo protegerse para ello, los procesos ecológicos y sistemas esenciales para la

[135] La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, fue aprobada el día 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf

[136] El texto de la Carta Mundial de la Naturaleza se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.otrodesarrollo.com/biblioteca/CartaMundialNaturaleza1982.htm

supervivencia y diversidad de las formas de vida, en beneficio de las generaciones presentes y futuras[137].

Posteriormente se estableció una Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CMMAD) que en 1983 fue encargada de preparar un Programa Mundial para el Cambio, cuyos resultados se tradujeron en un informe presentado en 1987 denominado *Nuestro Futuro Común*[138], informe que junto a la Declaración de Estocolmo y la Carta Mundial de la Naturaleza, han servido de base a un gran número de declaraciones ambientales.

En 1992, previo a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en Río de Janeiro -en adelante, *Conferencia de Río*- los Presidentes de los Países Amazónicos adoptan la *Declaración de Manaos*[139] exhortando en ella a la *cooperación internacional* para la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica, como de los bosques y reafirmando con convicción que los patrones de producción, consumo y distribución internacionales, *están en la raíz de los problemas de medio ambiente de los países en desarrollo*, y recordando que los países industrializados tienen una *responsabilidad histórica por la degradación del medio ambiente en escala global*, actualmente insostenible, y deben por esta razón, y por capacidad económica y financiera, asumir una responsabilidad proporcionalmente más grande en el proceso de desarrollo sustentable.

[137] Párrafos que han sido redactados en base al preámbulo de la Carta Mundial de la Naturaleza.
[138] El texto del informe nuestro futuro común o "our common future" o "brundtland report" se encuentra disponible en inglés, en la siguiente dirección electrónica: http://dewa03.unep.org/geo/tiki-list_file_gallery.php?galleryId=8
[139] La *Declaración de Manaos* fue acordada el día 10 de febrero de 1992, en la II Reunión de los Presidentes de los Países Amazónicos, reunidos en Manaos, Brasil. con el propósito de examinar los temas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.otca.org.br/ep/Institucional/Reunion_Presidentes/2-Reunion.php

En éste mismo año se adopta la *Declaración de Río*[140], que junto con reafirmar la Declaración de Estocolmo de 1972 y *tratando de basarse en ella*, tuvo la virtud de dar un *fuerte impulso al principio de desarrollo sostenible*, que se refleja en cada una de sus normas proclamadas, como la que dispone en el principio 3º al declarar que el desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda *equitativamente* a las *necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras*. Además en la *Conferencia de Río* junto con proclamar la *Declaración de Río*, acordó otros instrumentos internacionales de relevancia ambiental, como la Declaración de Principios de Florestas, el Convenio Marco sobre Cambio Climático (UNFCCC), el Convenio sobre Biodiversidad y la Agenda 21.

En 1994 se acuerda la *Declaración de Barbados*[141] que junto con reafirmar los principios del desarrollo sostenible, los pequeños Estados insulares *alertan* a la comunidad internacional, de la *vulnerabilidad de su diversidad biológica* que es una de las más amenazadas en el mundo y que se hallan entre *los que más sufrirían los efectos negativos cambios climáticos mundiales y al aumento del nivel del mar*.

A nivel regional la Cumbre de las Américas sobre desarrollo sostenible acuerda la Declaración de Santa Cruz de la Sierra[142] (1996), la que reafirma la determinación de avanzar hacia el desarrollo sostenible e implementar las decisiones y compromisos contemplados en la Declaración de Río y en la Agenda 21.

---

[140] *Declaración de Río* sobre el medio Ambiente fue adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo el día 14 de Junio de 1992, en Río de Janeiro, Brasil. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/documents/ga/conf151/spanish/aconf15126-1annex1s.htm

[141] La *Declaración de Barbados* fue adoptada en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo celebrada en Bridgetown, Barbados del 25 de abril al 6 de mayo de 1994. Su texto se encuentra disponible en ingles, en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/documents/ga/conf167/aconf167-9.htm

[142] La Declaración de Santa Cruz de la Sierra fue adoptada el día 7 de Diciembre de 1996, por los Jefes de Estado y de Gobierno elegidos de las Américas, reunidos en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia de conformidad con lo acordado en la Cumbre de las Américas celebrada en Miami en 1994. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.redhucyt.oas.org/ocyt/espanol/stacruz.htm

Posteriormente en 1997 se adopta la *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras*[143], declaración que en su artículo 4º aboga por la *preservación de la vida en la Tierra* y el artículo 5º por la *protección del medio ambiente*. En el 2000 se lanza *oficialmente* la *Carta de la Tierra*[144], que enuncia *principios éticos fundamentales* para una vivencia sostenible, basada en el respeto a la naturaleza, derechos humanos universales, justicia económica y una cultura de paz.

En ese mismo año se aprueba la *Declaración del Milenio*[145], que *considera ciertos valores fundamentales como esenciales en las relaciones internacionales*, entre ellos, la *libertad, igualdad, tolerancia, responsabilidad común, solidaridad*, en el sentido que los problemas mundiales deben abordarse de manera tal, que los que sufren, o los que menos se benefician, *merecen la ayuda de los más beneficiados*. Finalmente mencionaremos que también se declara como valor fundamental, el *respeto de la naturaleza*, proclamando que es preciso *modificar* las actuales *pautas insostenibles de producción y consumo* en interés de nuestro bienestar futuro y en el de nuestros descendientes. Propone plasmar en acciones estos valores comunes y en lo que respecta a la *protección de nuestro entorno común*, aboga, entre otros, por adoptar una *nueva ética de conservación y resguardo* en todas nuestras actividades relacionadas con el medio ambiente y, como primer paso en ese sentido, convienen en *poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos*, intensificar la cooperación con miras

[143] La *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras* adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 29ª reunión celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997.Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

[144] La *Carta de la Tierra* se lanza oficialmente en el Palacio de la Paz, en la Haya, el día 29 de Junio de 2000. Se debe recordar que ya, en 1987 la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, hizo un llamado para la creación de una Carta que contuviera los principios fundamentales para el desarrollo sostenible. Así entonces, luego de un proceso de concertación intercultural de más de una década, que se llevó a cabo a nivel mundial, se culmina su redacción. En el año 2003, en la 32ª Conferencia General de la UNESCO, se adoptó una resolución que reconoce a la Carta de la Tierra como una importante estructura ética para el desarrollo sostenible y una valiosa herramienta educativa. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.iepe.org/cartadelatierra/cartadelatierra.htm

[145]La *Declaración del Milenio* fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución N° 55/2, adoptada durante la 8ª sesión plenaria, el día 8 de septiembre de 2000, Nueva York, E.E.U.U. Texto disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/ares552.html

a reducir el número y los efectos de los desastres naturales y de los desastres provocados por el hombre, e insistir en que se apliquen cabalmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África.

A ésta Declaración le sigue la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en el año 2002, que dio fruto a la *Declaración de Johannesburgo*[146], asumiendo los representantes de los pueblos del mundo una *responsabilidad conjunta* hacia nuestros semejantes, hacia toda la comunidad de vida y hacia las generaciones futuras. Esta declaración se centra en las necesidades básicas de la dignidad humana, el *acceso al agua limpia y al saneamiento*, la *energía*, la atención de la salud, la *seguridad alimentaria* y la diversidad biológica. Se conviene en la necesidad de que el *sector privado* actúe dentro de un *contexto reglamentario, transparente y estable* que intensifique su responsabilidad empresarial y su contribución social. En consecuencia, acuerdan que la Asamblea General de las Naciones Unidas debería ocuparse de la *cuestión de la responsabilidad de las empresas y la contribución social del sector privado*.

Las declaraciones internacionales mencionadas, algunas circunscritas por un lado, a los clásicos derechos humanos como la declaración de derechos y deberes del hombre o la declaración universal de derechos humanos, o la declaración de *Banjul*, declaraciones que sin lugar a dudas consagran valores fundamentales como la libertad, igualdad y dignidad humana, valores que recogen y acogen a todos los valores ambientales, principios del derecho internacional del medio ambiente, y derechos ambientales como el derecho a un entorno sano, y por otro lado, las declaraciones ambientales

[146] La *Declaración de Johannesburgo* fue adoptada el día 2 de Septiembre de 2002, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo, Sudáfrica. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm

propiamente tales, y su calificación de *soft law*, cuya vinculación jurídica se discute, *pero no su decisiva influencia en la adopción posterior de tratados internacionales sobre el medio ambiente*, que incorporan a las declaraciones ya sea haciendo referencia expresa de ellos, por lo general en su preámbulo, ya sea indirectamente al subsumir la declaración en las normas del tratado, nos lleva a concluir que la importancia de estas declaraciones destacadas supra, radica en que entregan las bases a fin de configurar el derecho humano al entorno sano o libre de contaminación, derecho que se consolida con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de tratados internacionales sobre el medio ambiente, que pasan a limitar el ejercicio de la soberanía de nuestro Estado, conforme lo dispone el artículo 5º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental.

Teniendo presente lo expuesto supra, en las actas constituyentes se desprende que la redacción del artículo 19 –comenta *Agustín Ramírez*- no pretendió a hacer un listado acabado de los derechos esenciales que se pretendían garantizar, sino que al reconocer los derechos fundamentales se continuó con la tradición constitucional chilena en el sentido de establecer que la Constitución sólo venía a reconocer derechos que eran inherentes a la persona humana, por lo tanto, anteriores y superiores a cualquier reconocimiento constitucional.

Nuestra Carta Fundamental innovó principalmente en el reconocimiento del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo que se explica –comenta *Ramírez*- por una parte, en que el constituyente de la época determinó que el derecho al medio ambiente *era de tal significación y tan inherente a la persona humana* que se merecía una consagración expresa en la Constitución y una protección especial, y por otra, que la tendencia en la década del 70' era *incorporar la variable ambiental* en los textos constitucionales. Sin embargo –expresa *Ramírez*- de las fuentes más conocidas

como la Constitución Española y otros textos europeos, se puede *llegar al a conclusión que el constituyente en este punto fue notablemente progresista e innovador*[147].

Aunque no pueda afirmarse que exista un criterio generalmente aceptado por la jurisprudencia chilena –comenta *Agustín Ramírez*-, en el sentido de asimilar plenamente al derecho del medio ambiente como un derecho humano incorporando siempre los tratados internacionales pertinentes, destacan algunas sentencias que conciben a este derecho en ese sentido.

Es así, que la sentencia de la Corte Suprema de 19 de marzo de 1997, declara que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación *es un derecho humano con rango constitucional*. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de mayo de 1990, dispuso a propósito del Decreto Nº 43 de 03/04/90 del Ministerio de Agricultura, que el primer antecedente inmediato del decreto Nº 43 es un tratado internacional –Convención de Washington de 1940- y es así que el texto actual del artículo 5º de la Constitución establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes[148].

Ha sido acertadamente señalado –comenta *Santiago Felgueras*- que el derecho internacional de los derechos humanos puede actuar sobre estos asuntos –asuntos medioambientales- a través del desarrollo y la interpretación progresivos de derechos ya reconocidos.

El derecho a la vida, a la salud, y los derechos de las minorías, son quizá los ejemplos más claros. También ha sido destacado que el derecho a un medio ambiente sano se encuentra implícito en otros derechos humanos, y que existe cierto consenso acerca de

[147] Agustín Ramírez Sierra, Ob.Cit. en nota 115; formato pdf, pág.5, disponible en https://www.cde.cl/revista.php?id=135
[148] Idem.; formato pdf, pág.6, disponible en https://www.cde.cl/revista.php?id=135

la existencia de derechos ambientales procesales como son básicamente, el derecho a participar en las desiciones ambientales y el derecho a acceder a la información ambiental[149]. En este sentido *Cançado Trindade* –expresa *Felgueras*- afirma que el derecho a un medio ambiente sano abarca como corolarios, el derecho del individuo afectado a ser informado acerca de proyectos y desiciones que podrían amenazar el medio ambiente y el derecho del individuo afectado a participar en la toma de decisiones que puedan afectar el medio ambiente[150].

Felgueras comenta que se ha señalado que los órganos y organismos de derechos humanos no son los foros apropiados para tratar los problemas ambientales, primero porque no tienen el conocimiento técnico requerido para tratar tales problemas y segundo porque muchas decisiones ambientales requieren una consulta amplia con las partes afectadas, derivada del complejo vinculo entre producción y polución, que habitualmente hace necesario un cuidadoso examen. Entre los países que han adoptado ésta postura, encontramos a EE.UU y Japón -Estados que en conjunto producen la mayor polución a nivel mundial-, y que han expresado, a propósito de la votación de la Resolución 1990/41 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que existen otros foros que se ocupan adecuadamente de los problemas ambientales, o que los problemas ambientales no eran problemas de derechos humanos. Ambos Estados –agrega *Felgueras*- parecen percibir que el tratamiento que los cuerpos de derechos humanos le darían a estos problemas *sería significativamente diferente del que le dan los foros dedicados a problemas ambientales*[151].

[149] Santiago Felgueras, Ob.Cit. en nota 117; pie de página N° 92, pág. 63 y 64.
[150] Augusto Antonio Cançado Trindade, the parallel evolutions of internacional human rights protection and of environmental protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognized human rights. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Nº 13 (1991). Citado por Santiago Felgueras, *derechos humanos y medio ambiente*, dirección editorial Dr. Rubén Villela, 1 Ed. Buenos Aires, Argentina, febrero (1996), pie de página N° 92, pág. 65.
[151] Idem.; pie de página N° 92, páginas 68, 69 y 70.

Esta situación impediría a los órganos de derechos humanos, tratar los problemas ambientales globales con eficacia. En consecuencia la acción de los órganos de derechos humanos, estaría limitada a *problemas ambientales regionales*. Esto último no debe ser entendido como una limitante o que al tener un carácter regional los problemas ambientales, sean subestimados. Por el contrario –agrega *Felgueras*- los problemas ambientales limitados a una región o situados en el territorio de un Estado, son relevantes tanto desde la perspectiva de los derechos humanos como desde la del derecho del medio ambiente. Es más, los órganos de derechos humanos no son intrínsicamente inadecuados para tratar problemas ambientales, ya que si el contenido del derecho al medio ambiente es razonablemente limitado, los órganos de derechos humanos no reemplazarían ni siquiera entorpecerían o duplicarían la actividad llevado a cabo en el área del derecho ambiental. Estos órganos no deberían tratar aspectos técnicos que requieren un planteamiento general y negociaciones de largo plazo. El derecho de los derechos humanos sólo requería de los Estados tomar medidas razonables para evitar la violación del derecho a un medio ambiente sano, asumiendo los órganos de derechos humanos una actuación en un nivel más concreto cuando el objetivo sea preservar el medio ambiente[152].

Existen algunos casos -destaca *Felgueras*- en que los órganos de derechos humanos se han enfrentado con problemas ambientales como el que se verificó entre "Bernard Ominayak, Jefe de la agrupación del Lago Lubicon v/s Canadá"[153], caso resuelto por el

[152] Idem.; pie de página N° 92, páginas 70, 71 y 72.

[153] Este caso -relata Felgueras- surge a raíz de la decisión del gobierno de la provincia de Alberta, Canadá, de adoptar la decisión de realizar actividades que afectaban el medio ambiente de una amplia zona agreste y boscosa, que constituye el hábitat natural y tradicional del pueblo Lubicon, comunidad nativa americana. Su Jefe afirmó que el gobierno de Canadá permitió que el gobierno provincial expropiase el territorio de la agrupación del lago Lubicon en beneficio de los intereses de las empresas privadas, autorizando por ejemplo, prospecciones de petróleo y de gas. Estas decisiones provocaron la destrucción del medio ambiente y el socavamiento de la base económica de la agrupación, por lo que se priva a esta agrupación de sus medios de subsistencia. Además alegó que prácticamente todas las tierras tradicionales de los Lubicon habían sido alquiladas para la explotación maderera. Desde tiempos inmemoriales relata el jefe de la agrupación, el pueblo de los Lubicon había vivido de la caza y pesca, determinando esta forma de subsistencia no sólo su alimentación sino también su estilo de vida. Sin embargo –relata Felgueras- lo afirmado por el Jefe, demuestra que el medio ambiente de la zona se había deteriorado de tal manera que ya no era posible vivir de la caza y la pesca, dado lo escasez de animales a raíz de las actividades iniciadas en la zona, que fueron autorizadas por el gobierno de Alberta. Esto habría provocado un cambio en el estilo de vida de la comunidad, además de importantes daños que fueron expresados en los siguientes terminos: "…la dieta de la población ha experimentado un cambio dramático con la pérdida de sus animales de caza, su

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en donde se planteó un conflicto en el que la relación entre los derechos de las minorías y la protección del medio ambiente, *resultó evidente*. El comité con fecha 22 de julio de 1987 decidió que la comunicación era admisible dado que podía plantear cuestiones relativas al artículo 27º o bien a otros artículos del pacto, concluyendo posteriormente el Comité, que "las injusticias históricas a que se refiere el Estado parte y determinados acontecimientos más recientes, amenazan el modo de vida y la cultura del *lago lubicon* y constituye una violación al artículo 27º[154]-[155] mientras persista la situación". Finalmente expresa *Santiago Felgueras* que el caso de la agrupación del Lago Lubicon no sólo demuestra que algunos derechos humanos ya reconocidos pueden llevar a la protección del medio ambiente en ciertas circunstancias, sino también que un órgano de derechos humanos puede actuar efectivamente[156].

Quisiéramos además destacar las palabras del profesor Bordalí quién a propósito del principio de la solidaridad como fundamento del derecho humano a vivir en un medio ambiente libre de contaminación expresa que este principio –solidaridad- no se opone a las concepciones más clásicas de los derechos fundamentales, ya que su finalidad es precisamente *contribuir a la autonomía, independencia o libertad moral de las*

---

dependencia de alimentos elaborados menos nutritivos y el espectro del alcoholismo, que antes era desconocido en la comunidad y que ahora la domina…Como consecuencia de estos cambios drásticos en la existencia física de la comunidad, se han deteriorado agudamente la salud básica y la resistencia de los miembros de la comunidad a las infecciones. La falta de agua corriente y de instalaciones sanitarias en la comunidad…están dando lugar al desarrollo de enfermedades relacionadas con la pobreza…". Santiago Felgueras, *derechos humanos y medio ambiente*, dirección editorial Dr. Rubén Villela, 1 Ed. Buenos Aires, Argentina, febrero (1996), pie de página N° 92, páginas 72, 73, 74 y 75. Cronología y breve desarrollo y opinión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el caso Lago Lubicon v/s Canadá, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.38.D.167.1984.Sp?OpenDocument

[154] El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

[155] La Comisión consideró que el artículo que era relevante era el 27º, criterio que no era compartido por la agrupación del lago lubicon, pues en su formulación inicial alegó violaciones al artículo 1º del pacto –derechos de libre determinación y derecho a disponer libremente de sus riquezas. Más adelante agregó otros artículos que habrían sido violados por Canadá, verbigracia, artículos 2º -obligación de los Estados partes de respetar los derechos reconocidos en el pacto-; 6º-vida-; 7º-integridad física y psíquica-; 14º.1 –igualdad-; 17º -protección de la vida privada e inviolabilidad de domicilio-; 18º.1 -libertad de pensamiento, conciencia y religión-; 23º.1-protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad-; 26º -igual protección de la ley y prohibición de discriminación-.

[156] Santiago Felgueras, Ob.Cit. en nota 117; pie de página N° 92, páginas 72, 76 y 77.

personas, igual que los restantes valores, libertad, seguridad e igualdad[157], no debiendo identificarse este principio *con posiciones que defienden la disolución del individuo en la comunidad*[158], porque los derechos humanos son incompatibles con una organización política de tipo colectivista. La solidaridad nos interesa como principio que garantiza la autonomía o libertad moral de un sujeto que vive en una sociedad organizada jurídicamente y que supone que las personas, todas ellas, tienen al menos un objetivo común, cual es el poder satisfacer sus necesidades más básicas, como lo son las de alimentación, abrigo, salud, vivienda, entre otras. El constituyente se puso en el caso de que, para garantizar la libertad y la autonomía de todas las personas, era necesario proteger el espacio común y las condiciones que hacen posible el desarrollo de esa libertad y autonomía, y eso es precisamente lo que se pretende al proteger el medio ambiente[159].

Karel Vasak no tenía dudas que el *medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado* es un derecho humano[160], y a la misma conclusión llegaron los comisionados de la comisión constituyente de la Carta del 80', como se destacará en esta memoria a propósito de las sesiones ambientales tratadas en el capitulo segundo.

Es más, a la misma conclusión han arribado la mayoría de los países latinoamericanos, reconociendo en sus Cartas Fundamentales este derecho como humano, porque comprenden no sólo que la protección del medio ambiente es vida y supervivencia, sino que también el subdesarrollo y el flagelo de la pobreza van de la mano con la contaminación y depredación ambiental.

---

[157] Las palabras destacadas corresponden a Gregorio Peces-Barba, Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General (1991). Citado por Andrés Bordalí Salamanca, *constitución económica y protección del medio ambiente.* Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, vol. 9 suplemento especial, agosto (1998), Valdivia, Chile; pp. 43-54, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100006&lng=es&nrm=iso

[158] Ibidem.

[159] Idem.; parte final del Capitulo II denominado sistema económico, estado de derecho y constitución económica, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100006&lng=es&nrm=iso

[160] Felgueras cita al pie un anteproyecto de convención de derechos de tercera generación redactado por Karel Vasak, y que en la sección correspondiente al medio ambiente expresa en su artículo 14º que "*todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tienen derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, propicio para su desarrollo tanto económico como social, cultural, político y jurídico*". Idem.; pie de página N° 92, al pie de página 67.

Si a lo anterior agregamos que el Protocolo de San Salvador –destacado supra- ya reconoce este derecho humano, y en este sentido, América una vez más esta a la vanguardia en materia de una protección en forma más amplia y extensa de los derechos esenciales; ya no será necesario utilizar otros derechos humanos para proteger el medio ambiente sino que *directamente* se podrá pedir el respeto y amparo de éste derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cumpliendo los requisitos de admisibilidad ante la Comisión-, claro que en el caso chileno ello será posible, una vez que nuestro país incorpore este protocolo a su ordenamiento jurídico interno, mientras tanto, la vida, honra y dignidad, expresión, propiedad o bien, cualquier otro derecho humano reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos, servirá para proporcionar una adecuada protección al medio ambiente.

A continuación; como el artículo 5º inciso 2º dispone que el ejercicio de la soberanía encuentra como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como asimismo, de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, podríamos preguntarnos entonces, ¿si acaso un tratado internacional sobre el medio ambiente o si una declaración ambiental limita también el ejercicio de la soberanía de un Estado de derecho como el nuestro? Pasaremos a responder estas preguntas.

6.- Tratados Ambientales y el Soft Law Ambiental

6.1.- Aspectos generales

A diferencia de los clásicos principios generales del derecho, comunes a los sistemas jurídicos de los Estados, como el principio "*pacta sunt servanda*"-lo pactado obliga- o el principio de *bonna fide* -buena fe- *principios que son normas de ius cogens, bases de la convivencia civilizada*[161], los principios generales del derecho ambiental -*generales en el sentido que son potencialmente aplicables a todos los miembros de la comunidad internacional, y en relación a la protección de todos los aspectos del medio ambiente*[162]- no tienen un valor jurídico determinado y establecido, son principios emergentes y en evolución, es por ello que sus consecuencias jurídicas se deben establecer para cada caso particular, tomando en consideración aspectos tales como; su fuente, la actividad de que se trate, sus consecuencias ambientales, las circunstancias en que ocurren los hechos[163].

Sin embargo algunos principios ambientales como el principio de la soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daños al medio ambiente de otros Estados o zonas fuera de su jurisdicción internacional y el principio de la buena vecindad y cooperación internacional, *tienen el suficiente peso como para dar origen a una obligación legal internacional basada en la costumbre*, cuyo incumplimiento daría lugar a una sanción legal. Los demás principios pueden llegar a ser obligatorios en virtud de un tratado[164].

[161] Humberto Nogueira Alcalá, *los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile, volumen 23 N° 2 y 3, Tomo I (1996); página 343.
[162] Sergio Montenegro, Dominique Hervé, Valentina Durán, *los tratados ambientales. Principios y aplicación en Chile*. Edición Marie Claude Plumer Bodin, 1ª ed. Santiago de Chile (2001); al pie de página 40.
[163] Idem, pág. 40.
[164] Idem; pág. 41.

6.2.- Soft Law

Pero también no se debe olvidar que gran parte de los principios medio ambientales tienen su origen o se encuentran recogidos en declaraciones y documentos que forman parte del denominado *soft law*[165] que por lo demás, *su predominio*[166] -destaca *Jorge Bermúdez Soto*- es una de las notas características distintivas del derecho internacional del medio ambiente, que lo distinguen de la rama a que pertenece. Agrega el profesor *Bermúdez,* que los instrumentos que conforman el soft law -declaraciones, resoluciones, documentos, códigos de buena conducta etc.- no se encuentra en el catálogo de fuentes del derecho internacional público conforme al artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, ni representan una fuente que por sí misma sea vinculante para los sujetos de derecho internacional, no obstante lo anterior, *tiene efectos jurídicos* y lo tiene porque sus disposiciones y principios -y podríamos agregar los valores que pretenden concretizar- *imponen conductas* que se espera sean acatadas, con lo que contiene un *elemento de confianza,* el cual resulta *fundamental en las relaciones internacionales.* Además supone un *nivel previo* a la materialización de una norma efectivamente jurídica y vinculante, un nivel intermedio entre *un derecho o un no derecho,* incluso representa un *elemento interpretativo* de las normas vinculantes del derecho internacional público, por ejemplo, de la costumbre internacional, ya que puede constituir al menos *un indicio de opinio iuris*[167], es decir, *un germen de convicción* de que esta práctica es legalmente obligatoria.

En definitiva, de lo expuesto podemos decir que, el *soft law* constituye un conjunto de instrumentos de carácter internacional que consagran valores y principios de aspiración

[165] Traducido al castellano como derecho blando o suave, sin embargo no grafica el real sentido de las normas que lo componen, las que se estiman son *"normas jurídicas no completas"*, en cuanto ellas no son vinculantes de forma directa. Por tal razón se propone la expresión de *"derecho incompleto o derecho imperfecto"* como más apropiada. Jorge Bermúdez Soto, *globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del derecho internacional del medio ambiente,* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXV (2004); pie de página, pág. 53.
[166] Idem; página 52.
[167] Idem, página.53.

universal, reclamados como un imperativo a favor de toda la humanidad y no de un sujeto de derecho internacional en particular, valores y principios que imponen además conductas no sólo a los Estados que han concurrido a la generación de tales instrumentos sino que a toda la comunidad internacional, con el fin de proteger, garantizar y promover tales derechos universales, que se caracterizan por una parte por no ser directamente exigibles debido a que carecen de fuerza vinculante, pero por otra parte pueden ser indirectamente aplicados por los órganos jurisdiccionales pues no son más que *hologramas o proyecciones* de los mismos valores y principios consagrados a nivel constitucional.

Así entonces, cuando un tribunal superior de justicia interpreta y aplica el artículo 19 N° 1º de la Carta Fundamental para proteger la vida de un ser humano, con ello no sólo se ampara y protege este derecho humano aplicando esta regla constitucional, sino que con ello también se aplican a modo de ejemplo, principios constitucionales como la supremacía constitucional, y soberanía colectiva limitada por los derechos esenciales, principios que cumplen una *función informadora de todo el ordenamiento*, otorgando al intérprete en su proceso hermenéutico, mayores argumentos para decidir el significado concreto de una regla, pero también aplica valores constitucionales positivados, como la dignidad, valores que tienen no sólo una función orientadora, dirigiendo el ordenamiento hacia metas o fines predeterminados, sino también, una función crítica, porque sirven de criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas.

Pero no sólo aplica valores constitucionales sino también tratados internacionales que contienen valores que son *homólogos o similares* a los contenidos en la Carta a la que se incorporan, pues de lo contrario en virtud de su contenido material -bases de la institucionalidad y derechos y deberes constitucionales- el Congreso en virtud de su

atribución exclusiva no lo hubiese aprobado, y en caso que ello hubiese ocurrido, el *control preventivo* del Tribunal Constitucional habría impedido la incorporación de ese tratado, declarándolo inconstitucional.

Entonces, si se puede concluir que los valores, principios y derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, contenidos en un tratado internacional, al ser aplicados limitan la soberanía por mandato constitucional, entonces *la gestación y formación de ese tratado es de importancia para el interprete porque le proporcionará antecedentes históricos, sociales, económicos, culturales y ambientales* -fuentes materiales- y por lo general el fundamento o base del Convenio Internacional, que deberá tener en cuenta al tiempo de resolver la contienda jurídica. Y esos importantes antecedentes y fundamentos también los proporciona el soft law y en la mayoría de las ocasiones de manera determinante. A modo de ejemplo, sólo recordaremos la declaración universal de los derechos humanos y los Pactos Internacionales que posteriormente la recogieron, o bien la declaración de Estocolmo sobre el medio humano y el Convenio de Londres de 1972, que como expresa Farouk Garfe[168] su influencia queda de manifiesto en la historia de gestación del Convenio y en el preámbulo del mismo, el que sin mencionar expresamente la Declaración de Estocolmo reproduce casi textualmente su principio 21.

6.3.- Soft law ambiental

Así entonces entenderemos por soft law ambiental a *un conjunto de instrumentos de carácter internacional que consagran valores y principios de aspiración universal, reclamados como un imperativo a favor de toda la humanidad y no de un sujeto de derecho internacional en particular, instrumentos que no obstante no constituir en sí*

[168] Farouk Garfe Jarufe, *análisis jurídico internacional del vertimiento de residuos radiactivos en el mar*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XV (1993-1994) Valparaíso, Chile; página 654.

misma una fuente vinculante de derecho internacional público, tienen efectos jurídicos, ya que los valores y principios contenidos en ellos, imponen conductas que se espera sean acatadas, no sólo por los Estados que han concurrido a su generación sino que por toda la comunidad internacional, en base a la confianza que fundamenta las relaciones internacionales, transformándose como consecuencia lógica en elemento interpretativo de normas internacionales vinculantes y configurándose como un nivel previo a la materialización de una norma efectivamente jurídica, con el único objeto de respetar, proteger y promover el derecho humano a un medio ambiente sano a favor de las generaciones presentes y futuras y de los seres vivos en general, resguardando de ésta manera la viabilidad y calidad de vida de todos y cada uno de ellos.

Como habíamos expuesto más arriba, el soft law ambiental predomina en el derecho internacional del medio ambiente desde sus inicios, configurándolo y entregándole los fundamentos y elementos necesarios para su desarrollo y posterior recepción por los ordenamientos jurídicos internos. A continuación destacaremos algunos de estos instrumentos internacionales, que por su relevancia han sido determinantes en el desarrollo del derecho internacional del medio ambiente.

Así entonces podemos mencionar a la "*Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*"[169] reunida en Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972, declaración en la que se proclama la consagración del derecho humano fundamental a un medio ambiente sano y de de calidad, para las generaciones presentes y futuras, al expresar que "*los dos aspectos del medio humano, el natural y artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*", agregando luego que "*la*

[169] El texto de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cth.gva.es/admon/autoridades/unidas/uni/006000224.htm

protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos". También se lee más adelante que "*en los países en desarrollo, la mayoría de los problemas medio ambientales están motivados por el subdesarrollo*" y "*en los países industrializados, los problemas ambientales están generalmente relacionados con la industrialización y el desarrollo tecnológico*". Por último mencionaremos que aboga por "*la defensa y mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras…*".

Esta declaración también consagró valores y principios –y con ello creemos que también derechos y obligaciones humanas fundamentales –como en el primero, en el que se cristaliza el derecho humano a un medio ambiente de calidad y el deber de protegerlo para las generaciones presentes y futuras, al disponer que "*el derecho fundamental a la libertad, igualdad y disfrute de las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para la generaciones presentes y futuras*".

Un segundo principio exige una preservación de los valiosos y elementales recursos naturales, agua, tierra y aire para las generaciones presentes y aquellas que vendrán, al exponer que "*los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, agua, la tierra, flora y fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga*".

En el quinto principio se apela por un uso racional de los recursos no renovables para evitar su extinción, al demandar que "*los recursos no renovables de la tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo*".

A su vez en el sexto y séptimo principio aboga por un sistema de control de la contaminación que vele por descargas ambientalmente soportables, prohibiendo aquellas que no pueden ser asimiladas por el medio ambiente, al decir que "*debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación de calor, en cantidades y concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no causen daños irreparables a los ecosistemas*" y "*los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina…*", es decir, de ellos fluye el principio de prevención y el de responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de la jurisdicción nacional.

Finalmente destacaremos su principio vigésimo tercero que brega por el derecho a la participación ciudadana para proteger el medio ambiente consagrando que "*toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización*".

Esta declaración es sólo una de muchas, que desde la creación de las Naciones Unidas en 1945 buscan *concientizar* a los Estados de la comunidad internacional y a todos los

habitantes del planeta, sobre la relevancia del contenido superior, inexcusable e insoslayable de lo plasmado en cada una de ellas, a fin de hacer prevalecer en los ordenamientos jurídicos internos, derechos y obligaciones humanas fundamentales, principios ambientales y valores que sin lugar a duda serán trascendentales para el futuro de la humanidad.

Otra declaración ambiental que destacamos es la Carta Mundial de la Naturaleza[170]que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 37/7 de 28 de octubre de 1982, adoptada en su 48ª sesión plenaria.

En ésta declaración como en todas las declaraciones de contenido ambiental, se contienen principios del derecho internacional del medio ambiente, que en el caso de la Carta Mundial de la Naturaleza se visualizan; el *principio de prevención* que fundamenta y orienta esta declaración *en todas sus partes*. Así se lee en ella, a modo de ejemplo, que no se amenazará la viabilidad genética en la tierra; la conservación se aplicará a todas las partes de la superficie terrestre, *tanto en la tierra como en el mar*; se evitará aquellas actividades que causen daños irreversibles a la naturaleza o *descargas de sustancias contaminantes en los sistemas naturales*; se seguirá de cerca el estado de los procesos naturales, los ecosistemas y las especies a fin de poder descubrir lo antes posible cualquier deterioro o amenaza; se establecerán normas relativas a los productos y procedimientos de fabricación que pueda tener efectos perjudiciales sobre la naturaleza; se evitarán las actividades militares perjudiciales para la naturaleza o aquellas que puedan perturbarla, *serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias*.

[170] El texto de la Carta Mundial de la Naturaleza se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.otrodesarrollo.com/biblioteca/CartaMundialNaturaleza1982.htm

El principio de la soberanía de los recursos naturales y responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de la jurisdicción nacional, se refleja al decir que se tiene en cuenta la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, y al expresar que, los Estados y en la medida de sus posibilidades, las demás autoridades públicas, las organizaciones internacionales, los particulares, las asociaciones y las empresas, actuarán de manera tal que las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control, no causen daño a los sistemas naturales situados en otros Estados, ni en aquellos espacios que estén más allá de los límites de la jurisdicción nacional.

El principio de acceso a la información por parte de los ciudadanos, al destacar que los conocimientos relativos a la naturaleza se difundirán ampliamente por todos los medios, en especial por la enseñanza ecológica, que será parte integrante de la educación general. Además declara que se harán esfuerzos constantes para profundizar el conocimiento de la naturaleza mediante la investigación científica y por divulgar ese conocimiento sin que haya restricción alguna al respecto.

El principio de participación ciudadana recogido en ella, al disponer que los elementos esenciales en toda planificación –elaboración de estrategias de conservación, establecimiento de inventarios de los ecosistemas y la evaluación de los efectos de las actividades proyectadas- se pondrán en conocimiento de la población a fin de que pueda participar efectivamente en el proceso de consultas y de adopción de desiciones al respecto. Otra manifestación de este principio se destaca al decir que toda persona de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente, o como también se lee, toda persona actuando

individual o colectivamente, o en el marco de su participación en la vida política, procurara que se alcancen y observen los principios de esta Carta.

El principio precautorio se visualiza de manera implícita, al leerse en ella que las actividades que puedan entrañar graves peligros a la naturaleza, no se llevarán a cabo cuando *no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales*.

El principio de cooperación internacional y buena vecindad se ve reflejado en su preámbulo al esgrimir la necesidad de adoptar medidas adecuadas a nivel nacional e internacional, individual y colectivo, público y privado, a fin de proteger la naturaleza y promover la cooperación internacional en esta esfera. También fluye de ella al decir que los Estados cooperarán en la tarea de conservar la naturaleza con actividades conjuntas y otras medidas pertinentes, o al expresar que cada Estado aplicará las disposiciones de la presente Carta por conducto de sus órganos competentes y en cooperación con los demás Estados.

El principio contaminador-pagador que se desprende al disponer a propósito de las descargas de sustancias contaminantes en los sistemas naturales, que cuando no sea factible evitar esas descargas *se utilizarán los mejores medios disponibles de depuración en la propia fuente*. Es más, como este principio no sólo ayuda a prevenir la contaminación haciendo asumir los costos de ella al generador de las sustancias contaminantes de manera que no los traspase a la comunidad, sino que permite sancionar civil, penal o administrativamente al contaminador en el caso que ello ocurra, lo que no es lo ideal, pero sirve como elemento disuasivo. En este sentido se lee en la Carta que toda persona cuando el medio ambiente haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización.

Finalmente destacaremos el *principio de desarrollo sustentable* que se desprende de toda la Carta ya que en su preámbulo se refiere a la *equidad intergeneracional* al expresar que se deben preservar las especies y los ecosistemas *en beneficio de las generaciones presentes y futuras*. También alude al *uso racional o apropiado de los recursos naturales* el decir que no se desperdiciarán los recursos naturales sino que se utilizarán con mesura; no se utilizarán los recursos biológicos más allá de su capacidad natural de regeneración; se explotarán con mesura los recursos no renovables y fungibles, teniendo en cuenta su abundancia; se mantendrá o aumentará la productividad de los suelos con medidas de preservación de su fertilidad a largo plazo y de los procesos de descomposición orgánica y de prevención de la erosión y toda otra forma de deterioro. La Carta también hace referencia a la *equidad intrageneracional* que fluye de sus postulados al declarar que teniendo en cuenta la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, cada Estado aplicará las disposiciones de la presente Carta, *en cooperación con los demás Estados*, y si esto es así, el uso equitativo de los recursos naturales por parte de un Estado, supondrá considerar las necesidades de los demás Estados. Por último también se vislumbra el *principio de integración* como manifestación del desarrollo sustentable, al proclamar que en toda planificación y realización de actividades no solo se incluirá entre sus elementos esenciales la elaboración de estrategias de conservación, el establecimiento de inventarios de ecosistemas y la evaluación de los efectos de las políticas y actividades proyectadas *sino que tendrá debidamente en cuenta el hecho de que la conservación de la naturaleza es parte integrante de dichas actividades*.

También debemos resaltar la importancia del informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, denominado Nuestro futuro común, o Informe Brundtland, publicado en 1987, que inicia su análisis referente a nuestro

futuro amenazado, así "*la tierra es una, pero el mundo no lo es. Todos dependemos de una biosfera para mantenernos con vida. Sin embargo, cada comunidad, cada país lucha por sobrevivir y prosperar sin preocuparse de los efectos que causa en los demás. Algunos consumen los recursos de la tierra a un ritmo que poco dejará para las generaciones futuras. Otros, mucho más numerosos, consumen muy poco y arrastran una vida de hambre y miseria, enfermedad y muerte prematura...los pueblos pobres se ven obligados a utilizar en exceso los recursos del medio ambiente para sobrevivir al día, y el empobrecimiento de su medio ambiente contribuye a acentuar su indigencia y a hacer aún más difícil e incierta su supervivencia*"[171].

Surge entonces con fuerza la importancia del soft law ambiental que dio rigen a un tratado internacional sobre el medio ambiente, pues explica y orienta e informa los ordenamientos porque contiene los valores, principios y reglas, que a su vez son recogidos por los tratados internacionales, los que a su vez al ser incorporados al ordenamiento jurídico interno y, son aplicables, precisamente porque consagran idénticos valores a los positivados por la Constitución. De esta manera existe una "*coherencia valórica expresa*" que emana de la uniformidad de todos estos instrumentos internacionales y la normativa interna de un Estado. Por tanto *el intérprete debe tener en consideración esta uniformidad valórica en su proceso hermenéutico*, porque le ayudará a comprender de una manera más íntegra y completa el desarrollo de la normativa internacional y el "*por qué de la necesidad del Estado*", de incorporarla al ordenamiento interno para aplicarla como derecho vigente.

[171] Informe nuestro futuro común, versión en castellano, editorial Alianza, Madrid (1988) pág. 49, citado por César Moyano Bonilla, *derecho a un medio ambiente sano,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 82, nueva serie año XXVIII, número 82, enero-abril (1995), documento en Pdf en páginas 231 y 232 disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=82

Por tanto el soft law ambiental en una primera etapa sirve de impulso para la concreción de un tratado y una vez logrado esto, en una segunda etapa se "*incorpora tácitamente*" al tratado que ayudó a dar origen, porque le entrega los antecedentes y fundamentos necesarios para su concreción y los valores esenciales que motivaron al Estado a obligarse internacionalmente limitando con ello su soberanía.

6.4.- Tratados Internacionales Ambientales

6.4.1.- Aspectos generales

Entenderemos por *tratado internacional* a aquel acuerdo de voluntades entre dos o más Estados, que derivan su validez de la norma fundamental *Pacta Sunt Servanda* y que está destinado a producir efectos jurídicos, esto es, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones internacionales. En este sentido, el artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo[172] -en adelante *Convención de Viena*- dispone que se entenderá por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

De acuerdo a ésta definición la Convención *no se aplica* a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito. La Convención de Viena sólo se aplica a los tratados entre Estados como lo dispone su artículo 1º, pero se debe tener presente que no obstante lo anterior, son

[172] La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su anexo fue suscrita por el Gobierno de Chile en Viena el 23 de mayo de 1969, y aplicable al interior de nuestro ordenamiento jurídico desde la publicación en el Diario Oficial del Decreto 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el día 22 de Junio de 1981. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp453.pdf

tratados pero se los excluye de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en razón de que se diferencian en algunos aspectos de los tratados celebrados entre los Estados[173]. Por tanto no son vinculantes para nuestro país, salvo que sean incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Tampoco son tratados aquellos acuerdos internacionales en que los Estados adquieren compromisos que sólo tienen carácter político o moral, por muy importante que sean, acuerdos que la doctrina denomina *non binding agreements o gentlemen agreements*, acuerdos no obligatorios o de caballeros[174] que son parte del denominado *soft law*. En definitiva, utilizaremos el término tratado internacional en sentido amplio, como sinónimo de convención internacional[175], término que también comprende a los tratados marcos, acuerdos internacionales, pactos internacionales, protocolos, en fin, todo instrumento internacional de carácter vinculante para los Estados que los suscriben, acuerdan, adoptan, adhieren, o ratifican y que se obligan a respetar en virtud de los principios generales del derecho internacional, en conformidad de las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

6.4.2.- Tratados internacionales ambientales

Entenderemos por tratados internacionales ambientales a aquellos acuerdos internacionales ambientales que tienen fuerza vinculante, obligándose las Partes que los celebran a proteger el medio ambiente o regular algún aspecto de él, acuerdos que los

[173] Hugo Llanos Mansilla, Teoría y práctica de derecho internacional público. Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 2ª ed., Santiago (1990), página 58 y siguientes.
[174] Idem.; página 58 y siguientes.
[175] El término tratado es el más adecuado para abarcar todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones como las que se destacan a continuación: *Convenciones*: son aquellos tratados que contienen reglas o normas generales de derecho; *Protocolo*: se lo concibe como un documento anexo o aclaratorio de un tratado; *Estatuto*: tratado colectivo que tiene un carácter constitutivo y organizador de un organismo internacional; *Acuerdo*: modalidad de un tratado usado preferentemente para tratados de tipo económico, financiero, comercial, cultural; *Modus Vivendi*: es un acuerdo de tipo temporal; *Compromiso*: término utilizado para acuerdos sobre litigios que serán sometidos a arbitraje; *Carta*: que es un acuerdo que establece derechos y deberes; *Pacto de Contrahendo*: que un acuerdo para celebrar otro acuerdo; *Acta*: tratado destinado a enunciar reglas de derecho de carácter general.
Hugo Llanos Mansilla, Teoría y práctica de derecho internacional público. Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 2ª ed., Santiago (1990), página 58 y siguientes.

subclasificaremos atendiendo a si se celebran con la finalidad única de proteger el medio ambiente o lo protege de manera incidental.

Así entonces distinguiremos entre tratados internacionales ambientales propiamente tales y tratados internacionales con incidencia ambiental.

6.4.2.1.- Tratados ambientales propiamente tales, esto es, aquellos acuerdos internacionales vinculantes para las partes que tienen como único objeto y razón de ser, la protección del medio ambiente.

Ejemplos de este tipo de tratados ambientales propiamente tales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno, encontramos; *Tratado Antártico* (suscrito en 1959 e incorporado en diciembre de 1961), *Convención de Washington* (suscrita en 1940 e incorporada en octubre de 1967), *Tratado de Tlatelolco* (suscrito en 1967 e incorporado en diciembre de 1974), *Convención Cites* (suscrita por Chile en 1974 e incorporada en marzo de 1975), *Convenio de Londres* (suscrita en 1972 e incorporada en junio de 1977), *Convención Internacional para la regulación de la caza de la ballena* (suscrita en 1946 e incorporada en septiembre de 1979), *Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural* (suscrita en 1972 e incorporada en mayo de 1980), *Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antártico* (suscrita en 1980 e incorporado en octubre de 1981), *Convención Ramsar* (suscrita en 1971 e incorporada en noviembre de 1981), *Convención de Bonn* (suscrita en 1979 e incorporada en diciembre de 1981), *Convención de Lima* (suscrita en 1981 e incorporada el 14 de junio de 1986), *Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos* (suscrita en 1983 e incorporada el 19 de junio de 1986), *Convenio de Basilea* (suscrita en 1989 e incorporado en octubre de 1992), *Tratado Internacional entre las Repúblicas de Chile y*

Argentina sobre el Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos (suscrita en 1991 e incorporado abril de 1993), *Protocolo a la Convención Internacional para la regulación de la caza de ballenas* (suscrita en 1956 e incorporada en marzo de 1994), *Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares* (suscrita en 1979 e incorporado en octubre de 1994), *Convención sobre el Cambio Climático* (suscrita en 1992 e incorporado en abril de 1995), *Convención sobre la Diversidad Biológica* (suscrita en 1992 e incorporado mayo de 1995), *Protocolos de Paipa para la protección del pacífico sudeste contra la contaminación radiactiva y para la conservación y administración de Áreas Marinas y Costeras* (suscritos en 1989 e incorporados el 17 de agosto de 1995 y el 31 de agosto de 1995 respectivamente), *Convención del Mar* (suscrita en 1982 e incorporado noviembre de 1997), *Protocolo de Madrid* (suscrita en 1991 e incorporado en febrero de 1998), *Protocolo de Kioto* (suscrita en 1997 e incorporado en febrero de 2005), *Convención de Rotterdam* (suscrita en 1998 e incorporado el 19 de mayo de 2005), *Convenio de Estocolmo* (suscrita en 2001 e incorporado el 19 de mayo de 2005); y las demás Convenciones Internacionales que han sido incorporadas y sean pertinentes.

A los tratados ambientales propiamente tales los subclasificaremos atendiendo a si sus normas son autoejecutables o no, en tratados ambientales autoejecutables y aquellos que no lo son.

6.4.2.1.1.- Tratados ambientales autoejecutables

La doctrina de los tratados internacionales autoejecutivos, de efecto directo o self executing tuvo su origen en una sentencia de la Corte Suprema de EE.UU que conociendo del asunto *Foster v/s Nelson* argumentó -ministro Marshall- que *cuando los*

términos de una estipulación importan un contrato, cuando cualquiera de las partes se obliga a ejecutar un acto particular, el tratado se dirige al órgano político, no al judicial, y la legislatura debe ejecutar el tratado antes de que éste pueda devenir una regla para la Corte[176]. Su fundamento se encuentra en la cláusula de supremacía de la Constitución de EE.UU. artículo VI, cláusula 2ª; la cual dispone que, *esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se dicten en su conformidad; y todos los tratados concluidos o que se concluyan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán el supremo derecho del país; y los jueces en todo Estado estarán obligados por el mismo, no obstante cualquier otra cosa en contrario en la Constitución o leyes de cualquier Estado (integrante del Estado federal)*[177].

Así entonces, esta sentencia dictada en 1829 establecía que no todas las normas internacionales convencionales vigentes en EE.UU podían ser aplicadas por los Tribunales, pues existían algunas disposiciones que estaban dirigidas al órgano legislativo, que debía desarrollarlas antes que el órgano judicial las aplicara a un caso concreto, surgiendo de esta manera *las normas no autoejecutables*. Se crea entonces, una clasificación de normas internacionales convencionales que generan por una parte una *obligación de hacer* para el Estado que debe cumplir mediante vía legislativa (normas no autoejecutables) y por otra, normas para cuyo cumplimiento no es necesario un desarrollo de las mismas, por tanto *los Tribunales pueden aplicarlas directamente* (normas autoejecutables).[178] Actualmente, la doctrina de la autoejecutividad ha sido erigida como un medio eficaz para incorporar a las legislaciones internas de los

[176] Rodrigo Correa G., *tratados internacionales bajo el embrujo de Brown,* documento en formato pdf disponible en: islandia.law.yale.edu/sela/srcorrea.pdf ; se debe cortar y pegar esta dirección, pág. 13. Citado por Felipe Cornejo García, "*las normas autoejecutables en los tratados internacionales"*. Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Santiago de Chile (2002), pág. 1.

[177] Rodrigo Correa G., *tratados internacionales bajo el embrujo de Brown,* documento en formato pdf disponible en: islandia.law.yale.edu/sela/srcorrea.pdf ; pág. 13-14. Se debe cortar y pegar esta dirección electrónica.

[178] Felipe Cornejo García, "*las normas autoejecutables en los tratados internacionales*". Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Santiago de Chile (2002), pág. 4 y 5.

distintos Estados *los catálogos de derechos humanos elaborados en instancias internacionales*[179].

En palabras de Humberto Nogueira, la norma autoejecutable *se caracteriza por establecer un derecho en favor de una persona* que tiene un interés legítimo en la aplicación del precepto, cuya protección es exigible al juez en sus resoluciones judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas[180].

Podemos agregar que para éste autor la autoejecutividad se desprende del *fin de un tratado*, así a modo de ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos en su preámbulo establece un *régimen de protección internacional*, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, así entonces para éste autor todos los preceptos de ésta Convención son de *autoejecutividad directa*, a menos que exista una estipulación expresa en la norma que condiciona su cumplimiento al desarrollo de leyes subsecuentes.

Las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención, constituye una *obligación complementaria* que no releva al Estado de la obligación de respeto y garantía de los derechos que establece la Convención[181].

Por su parte el jurista uruguayo *Eduardo Jiménez de Aréchaga* relaciona la autoejecutividad con la *redacción de la norma*, exigiendo por un lado que de la norma se pueda derivar directamente un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y por otra parte la norma debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin

[179] Idem; página 6.
[180] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 360.
[181] Idem, pág. 360 y 361.

que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes[182].

Es más el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 309 de 4 de Agosto de 2000[183] pronunciándose sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la O.I.T. sostuvo en su considerando 48º que "las cláusulas denominadas por la doctrina *self executing o autoejecutables* son aquellas que tienen el contenido y precisión necesaria que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno.

Las cláusulas *non self executing o no autoejecutable*, en cambio, requieren de actos administrativos o legislativos que las hagan aplicables, y en ese sentido, imponen una obligación al Estado[184].

Creemos eso sí, que derivar la autoejecutividad de la *precisión y contenido* de la norma internacional, de manera que no necesite para poder ser aplicada judicialmente un acto legislativo o medidas administrativas posteriores, nos parece *dejar al arbitrio de una de las partes* el cumplimiento efectivo del tratado, con lo que se puede vulnerar fácilmente

---

[182] Jeannette Irigoin B., *la Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno*. Derecho Internacional ante los tribunales internacionales e internos, Ed. Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile (1995). Citado por Felipe Cornejo García, "*las normas autoejecutables en los tratados internacionales*". Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Santiago de Chile (2002), página 8.

[183] Esta sentencia en su considerando 48º expresa "que antes de entrar al análisis de las inconstitucionalidades de los artículos del Convenio Nº 169, planteadas por los requirentes, "en ausencia de dicha inconstitucionalidad total", resulta necesario precisar dos órdenes de materias relevantes para una adecuada decisión:

a) Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener *dos tipos de cláusulas*, denominadas por la *doctrina self executing y non self executing.*

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias *que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno*. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquéllas que *requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno*. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas autoejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, *como puede un mismo tratado contener unas y otras.*

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe - en esta instancia jurisdiccional - pronunciarse sobre su constitucionalidad".

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 309 de 4 de Agosto de 2000, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_309.pdf

[184] Felipe Cornejo García, "*las normas autoejecutables en los tratados internacionales*". Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Santiago de Chile (2002), pág. 10.

aquellos principios generales de derecho internacional como el principio Pacta Sunt Servanda y el de Buena Fe, principios generales que forman parte del ius cogens internacional, por eso concordamos con el profesor *Nogueira* en el sentido que la autoejecutividad se desprende del *fin del tratado,* es decir, *de la intención que tuvieron las partes al momento de la conclusión del tratado,* y si el fin es proteger, garantizar y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana, los Estados partes, *asumen con ello una obligación complementaria* para su desarrollo y posterior aplicación, y si la incumplen, ello no será obstáculo para aplicar las disposiciones del tratado sobre derechos humanos.

Coherente con lo expuesto nuestra Carta Fundamental en el art. 5 inciso 2°, establece dos *modalidades de institucionalización* de derechos esenciales o humanos, la propia *norma constitucional* y el *tratado internacional*; siendo ésta última la modalidad que permite incorporar a la constitución material los derechos esenciales o humanos que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la constitución[185] y podríamos agregar también otras Cartas Latinoamericanas como la Ecuatoriana de 1998 en su art. 18 dispone que, *los derechos y garantías determinados en ésta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad* y a su vez la Carta Brasileña de 1988 en su art. 5 inciso 1° declara que, *las normas que definen los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata*[186].

Al respecto Antonio Cançado Trindade sostiene que *el caso de los tratados de protección internacional de derechos humanos en que Brasil es parte, los derechos fundamentales en ellos garantizados, pasan a integrar el elenco de los derechos*

[185] Humberto Nogueira Alcalá, *las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile*, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, vol. 63 (2001), pág. 125.
[186] Idem, pág. 125 y 126.

constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno[187].

Finalmente agregaremos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva OC-7 del 29 de agosto de 1986 sobre el derecho de rectificación o respuesta, en relación con los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, rechazó el argumento de la no autoejecutividad del art. 14.1 en virtud de que el *sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo, por lo que concluye que el derecho de rectificación o respuesta es internacionalmente exigible*[188].

Así entonces, siguiendo a Nogueira en materia de la autoejecutividad de las normas, entenderemos por *tratados ambientales autoejecutables* a aquellos acuerdos internacionales que tienen por objeto proteger el medio ambiente, estableciendo derechos en favor de las personas que tienen un interés legítimo en la aplicación del precepto, cuya protección es exigible al juez en sus resoluciones judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas, asumiendo los Estados partes una obligación complementaria que consiste en la adopción de medidas legislativas o de otro carácter, que fueran necesarias para hacer efectivo los derechos que el tratado establece, lo que no releva al Estado de la obligación de respeto y garantía de tales derechos, porque precisamente esa ha sido la intención que tuvieron las partes al momento de la conclusión del tratado.

6.4.2.1.2.- Tratados ambientales no autoejecutables

[187] Antonio Cançado Trindade, *la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, citado por Humberto Nogueira Alcalá, en obra citada supra nota 185; página 126.
[188] Humberto Nogueira Alcalá, *los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*, Ob.Cit. en nota 161; página 361.

Son aquellos acuerdos internacionales que tienen por objeto proteger el medio ambiente, estableciendo derechos en favor de las personas que tienen un interés legítimo en la aplicación del precepto, para cuya protección requieren de actos administrativos o legislativos que las hagan aplicables, pues existe *estipulación expresa* en ese sentido que condiciona su cumplimiento al desarrollo de leyes subsecuentes, demostrativo de la intención que tuvieron las partes al momento de la *conclusión del tratado*.

6.4.2.2.- Tratados Internacionales con Incidencia Ambiental

Tratados Internacionales con incidencia ambiental son aquellos acuerdos internacionales vinculantes para las partes que no tienen como objeto principal la protección del medio ambiente, sin embargo, en algunas de sus cláusulas o partes del mismo instrumento se hace referencia al medio ambiente, protegiéndolo de manera incidental.

Como ejemplo de éste tipo de tratados podemos mencionar a los acuerdos internacionales de carácter comercial como el Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU.

Este Tratado internacional en su Capitulo 19º se refiere especialmente al medio ambiente, que establece estándares ambientales más elevados, que deben cumplir los exportadores de nuestro país. En este Capítulo además se incorpora un anexo denominado *cooperación ambiental* en el cual Chile y EE.UU. establecen una serie de principios como la promoción de prácticas agrícolas sostenibles, o la implementación de un programa de capacitación para los agricultores y trabajadores destinados a

promover el manejo adecuado de los pesticidas y fertilizantes. Además las Partes asumen el deber de reducir gradualmente las emisiones de bromuro de metilo hasta su eliminación final, en virtud del Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono[189].

Una manifestación de la implementación de estas medidas podemos observarlas en los Centros de Investigación Platina y Rayentué del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (*INIA*), que han impulsado diversos proyectos sobre la materia, como el proyecto demostrativo de alternativas al uso de bromuro de metilo[190] en tomate y pimiento en 1999, financiado por fondo multilateral del Protocolo de Montreal a través del Banco Mundial. En octubre de 2001 se inició otro proyecto denominado proyecto de eliminación del bromuro de metilo como desinfectantes de suelo para la producción de frutales y replantes, desarrollado gracias al aporte del fondo multilateral del protocolo de Montreal, a través del programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD). A partir del 25 de abril de 2005, se empezó a visualizar un mayor compromiso de Estado en la implementación del protocolo de Montreal, al dictar una resolución administrativa que suspendió preventivamente la importación de bromuro de metilo, situación que se mantuvo inalterada hasta diciembre de 2005 y prorrogada hasta marzo de 2006. Aquella resolución administrativa permitió al país cumplir su compromiso de no superar una importación de 283 t/año de este biocida. Es más, la ley

[189] Pedro Rodas Díaz y Carlos Verri González, *normas sobre el medio ambiente en un mundo globalizado*. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad Central de Chile (2004) Santiago, Chile.

[190] El bromuro de metilo o bromuro metano, es un gas incoloro, con olor similar al cloroformo, constituido básicamente por una molécula de metano en la que uno de sus iones hidrógeno ha sido sustituido por uno de bromo. Su solubilidad en agua es de 13,4 g/litro y se disuelve completamente en solventes orgánicos. Debido a su amplio poder biocida, el bromuro de metilo fue utilizado tradicionalmente en forma masiva en la agricultura como insecticida y nematicida, y también como fungicida, acaricida, rodenticida e incluso herbicida. La agencia ambiental de EE.UU (US-EPA) incluye a este compuesto químico orgánico en el grupo correspondiente a los productos extremadamente tóxicos. Sólo se permite utilizarlo cuando se cumplen una serie de restricciones. Entre los efectos ambientales que genera el bromuro de metilo se encuentran la exposición crónica de seres humanos en ambientes laborales; la exposición de animales superiores –incluyendo seres humanos- a atmósferas enriquecidas con bromuro de metilo, y las exposición de seres vivos a una radiación ultravioleta incrementada como resultado de la acción del bromuro de metilo en la estratósfera, alcanzando una permanencia de hasta 7 años y lamentablemente es varias veces más destructor del ozono que muchos de los CFC aunque menos que los halones.
Sergio González y Jorge Carrasco, bromuro de metilo. Un fumigante que debe desaparecer. Revista Tierra Adentro. Publicación Bimestral del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA), Nº 68 mayo-junio (2006), Ministerio de Agricultura, Chile.

20096 de 23 de marzo de 2006, le entregó atribuciones a las entidades pertinentes, -entre ellas el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)-, para autorizar importaciones de sustancias agotadoras de la capa ozono (SAO) entre las cuales esta el bromuro de metilo, hasta copar la cantidad que nuestro país se obligó a respetar. Los trabajos realizados por *INIA* demostraron que existen alternativas viables al bromuro de metilo para la desinfección de suelos hortícolas, frutales, forestales, y ornamentales. Entre las que permiten mantener la rentabilidad productiva se encuentran, las físicas –vaporización de sustratos, y solarización-, las orgánicas –biofumigación y desinfectantes de suelo de tipo orgánico- y las químicas –dazomet y disulfuro de carbono, entre otras-[191].

6.4.3.- Importancia de la clasificación

La importancia de esta clasificación radica en que sólo los tratados ambientales propiamente tales –inclusos las declaraciones ambientales que se han incorporado expresa o tácitamente junto al tratado internacional-, es decir, aquellos que tengan como objeto y razón de ser, la protección del medio ambiente, sean autoejecutables o no, son tratados sobre derechos humanos. En consecuencia, estos tratados a diferencia de aquellos que tienen incidencia ambiental, sus normas pasan a forman parte del contenido material de la Constitución, limitando el ejercicio de la soberanía del Estado, ya que es su obligación respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como de los tratados internacionales, ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes.

[191] Sergio González y Jorge Carrasco, protocolo de Montreal. Pasos para eliminar el bromuro de metilo en Chile. Revista Tierra Adentro. Publicación Bimestral del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA), Nº 68 mayo-junio (2006), Ministerio de Agricultura, Chile.

En este primer capitulo quisimos demostrar que los valores, principios y derechos, contenidos en las declaraciones internacionales, que luego son incorporadas a los Tratados internacionales y estos a los ordenamiento jurídicos internos de una República, son los mismos que ha positivado nuestra Carta Fundamental en sus Bases de la Institucionalidad, comprendiendo a todos los valores ambientales, principios del derecho internacional del medio ambiente y derechos fundamentales ambientales como el derecho a vivir en un medio ambiente sano o equilibrado ecológicamente -como lo entendía Karl Vasak- pues de lo contrario, no habrían podido ser incorporados a nuestro ordenamiento jurídico nacional, ya que no habría existido una coherencia valórica expresa o tácita con nuestra Constitución Política de la República, coherencia que nuestros órganos del Estado y en particular nuestro Tribunal Constitucional, están llamados a velar. Las declaraciones y tratados internacionales –sentido amplio- suscritos por nuestro país, contienen o recogen valores y principios que no son más que *hologramas o proyecciones* de los mismos valores y principios consagrados a nivel constitucional. Ya llegará el día en que no será necesario distinguir entre una declaración universal o regional sobre derechos humanos –comprendiendo en ella las declaraciones ambientales- y la legislación de fuente nacional. El ser humano se dará cuenta que más importante es el contenido de la norma, que la fuente de la cual emana.

Capitulo II

Tratados ambientales que protegen el medio ambiente marino de la contaminación

1.- Aspectos generales

El tema de la *contaminación marina* lo desarrollaremos desde el punto vista del derecho internacional y constitucional conectados ambos con el derecho internacional del medio Ambiente y de sus principios que lo informan, orientan y concretan. Se realizarán conexiones con el desarrollo particular de ciertos derechos asegurados en nuestra Carta Fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, celebrados precisamente para evitar la contaminación marina y establecer las responsabilidades que correspondan en caso que se verifique lo que se trata de evitar. Este desarrollo parte de la base que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación *es un derecho humano* y que los Tratados Internacionales sobre el Medio Ambiente y, en particular aquellos que se desarrollan a continuación, son Tratados Internacionales sobre derechos humanos, por lo expuesto anteriormente y por lo que se expresará a continuación.

2.- Tratados ambientales, principios del derecho internacional del medio ambiente y ciertos derechos esenciales recogidos por la Constitución Política de Estado.

Por *orden cronológico de incorporación* al ordenamiento jurídico de nuestro país, destacaremos los diversos tratados internacionales ambientales que regulan la contaminación del medio marino, algunos de los cuales se desarrollarán en relación con los principios del derecho internacional del medio ambiente y/o con ciertos derechos

esenciales contenidos en la Carta Fundamental. *Se excluye de este análisis el desarrollo de la contaminación por hidrocarburos del medio marino*.

3.- Tratado Antártico

3.1.- Antecedentes generales, análisis del preámbulo y referencia al Sistema Antártico

Nuestro país suscribe el Tratado Antártico[192] el 1 ° de diciembre de 1959 en la ciudad de Washington, EE.UU., *incorporándose* a nuestro ordenamiento jurídico en *diciembre de 1961*. *Surge entonces, la concertación de éste acuerdo de un conjunto de países grandes y pequeños, industrializados y en vías de desarrollo, del hemisferio Norte y del Sur, quienes crearon un instrumento jurídico que originó todo un sistema que ha logrado salvar para la humanidad el último espacio ambientalmente virgen que queda en la tierra*[193].

El denominado *Sistema Antártico* esta formado por el Tratado Antártico, las Recomendaciones al tratado, Protocolo de Madrid, diversos actos jurídicos e instrumentos complementarios, como la Convención sobre Recursos Vivos Marinos Antárticos, sobre Focas Antárticas, sobre medio ambiente y régimen de recursos minerales, y los demás que lo sigan desarrollando y complementando[194].

Éste *sistema* se encuentra perfectamente integrado al *sistema internacional* de las Naciones Unidas. Es un régimen jurídico abierto que permite la participación de países que deseen hacerlo *en idéntico pie de igualdad*, exigiéndose sólo a aquellas naciones,

[192] El *Tratado Antártico* fue promulgado por Decreto N° 361 del Ministerio de Relaciones Exteriores el día 24/06/61, debiendo tenerse en cuenta a propósito de su publicación, que el Decreto N° 174 publicado en el Diario Oficial de 29 de Mayo de 1962 declara que el texto auténtico del *Tratado Antártico* es el publicado en el Diario Oficial del 2 de Diciembre de 1961 y que en virtud de la Parte 16 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, el Presidente de la república de la época, *Jorge Alessandri Rodríguez*, dispone y manda que se cumpla y lleve efecto en todas sus partes como ley de la República, el presente Tratado. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani861.pdf
[193] Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Duran M., Ob.Cit. en nota 162; página 57.
[194] Idem.; página 60.

mostrar un interés efectivo por la Antártica, lo que se puede acreditar mediante la realización en ella de investigaciones científicas importantes[195].

Las Reuniones de las Partes Consultivas –se incluyen en ella los *países signatarios originales* indicados en el preámbulo del tratado, entre los que se encuentra Chile y los países que han accedido como Partes Consultivas *con posterioridad a su suscripción*, como por ejemplo Alemania, Brasil, Ecuador, Uruguay; excluyéndose por tanto a los países simplemente adherentes-; *tienen como fin lograr el intercambio de información entre ellas, consultarse mutuamente sobre asuntos de interés común relacionados con la Antártica y formular, considerar y recomendar a sus Gobiernos medidas para promover los principios y objetivos del presente Tratado*[196].

Además se han otorgado una *competencia de tipo normativa* para la *adopción de medidas*, que se expresa a través de dos tipos de instrumentos jurídicos, las Recomendaciones y las Decisiones.

3.2.- Recomendaciones, importancia en el desarrollo del Tratado Antártico y su valor jurídico

Así entonces, las Recomendaciones que surgen de las reuniones consultivas, han ido implementado el Tratado Antártico y transformándose en un instrumento para desarrollar el fin perseguido por éste acuerdo internacional, que por lo demás, una vez aprobadas a través de los mecanismos pertinentes que han establecido los Estados Partes para la incorporación de las normas internacionales, han pasado a ser verdaderas leyes[197]–nosotros creemos que sería más preciso hablar de *normas jurídicas internacionales aplicables en nuestro ordenamiento interno por mandato de la Carta Fundamental*, pues como se desarrollará más adelante, los tratados y toda aquella

[195] Idem.; página 61.
[196] Artículo 9° inciso primero parte final del Tratado Antártico.
[197] Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Duran M., Ob.Cit. en nota 162; pág. 60 y 61.

norma que lo desarrolle o complemente, verbigracia, un protocolo, anexos y agregamos una recomendación, no tienen la jerarquía normativa de ley, sino que una de carácter supralegal-; formando parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

La fuerza obligatoria de las Recomendaciones no excluye la posibilidad de que el mismo instrumento pueda ser usado, en otros casos, sólo con alcances de indicación o sugerencia; en definitiva debe atenderse al contenido específico de una recomendación para determinar si es vinculante o no[198].

Ahora en relación con éste Tratado se debe tener en cuenta las Recomendaciones de la Agencia Internacional de Energía Atómica -en adelante *AIEA*- que aún careciendo de fuerza vinculante en strictu sensu, no carecen de valor jurídico ni tampoco de eficacia, ya que por un lado hay casos en los Estados se encuentran obligados al menos a explicar las razones de su negativa a aceptar una recomendación, y por otra, las normas de seguridad recomendadas por ella, tienen carácter de obligatorio para los trabajos de la propia agencia y para los Estados en aquellas operaciones que realicen con la asistencia de la *AIEA*. Otras Recomendaciones ven reforzado su valor jurídico al ser adoptadas en tratados internacionales o al servir de contenido a normas convencionales que remiten de forma genérica a las recomendaciones de la *AIEA*, vigentes en cada momento. Otras veces, a través de un acuerdo internacional que establece la obligación de adoptar tales recomendaciones como es el caso del Convenio de Londres. Desde el punto de vista de su eficacia, ésta es indudable, ya que las recomendaciones de la *AEIA*, por su *valor altamente técnico* constituyen para los Estados cuando menos un punto de referencia insustituible[199].

[198] Idem.; pág. 61.

[199] Margarita Corral Suárez, *el vertido de residuos radiactivos en la fosa atlántica y el derecho internacional*, Universidad de Valladolid, España, (1988); citada por Faruok Garfe Jarufe, *análisis jurídico internacional del vertimiento de residuos radiactivos en el mar*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, vol. XV (1993-1994); página 662.

3.3.- Ejemplo de la *Recomendación XVIII-1* de 1994 al Tratado Antártico, que a su vez forma parte del Sistema Antártico

Sólo a modo de ejemplo -pues en realidad son muy numerosas, regulando desde las artes de pesca, materiales que se pueden o no desechar, zonas de explotación de recursos, zonas destinadas a la preservación, normas preventivas sobre contaminación terrestre, atmosférica y marina, regulación de actividades turísticas y otras que acordaren, con el fin de alcanzar el objeto de éste Tratado, preservar el medio ambiente antártico, protegiéndolo de la contaminación antrópica y concibiendo a éste territorio como patrimonio común de la humanidad y sólo para usos pacíficos-; destacaremos la *Recomendación XVIII-1* de 1994 al Tratado Antártico[200], adoptada en Kyoto, Japón.

Tal recomendación que forma parte del *Sistema Antártico*, al regular una serie de actividades en la zona antártica, relacionadas principalmente con el *turismo*, se preocupó de establecer que los organizadores y operadores de las actividades turísticas y no gubernamentales, deben cumplir en su totalidad con los reglamentos y leyes nacionales que implementen el *Sistema del Tratado Antártico*, además de las regulaciones y leyes nacionales que implementen los acuerdos internacionales sobre la protección, contaminación y seguridad del medio ambiente relacionada con la zona del Tratado Antártico.

Así entonces ésta *Recomendación* contiene una *Guía para los visitantes a la Antártica que en su letra E* y en lo relacionado con la contaminación dispone que para *mantener limpia la Antártica* no se debe interferir ni contaminar lagos y cursos de agua y que

[200] Las Recomendaciones, Resoluciones, Medidas y Decisiones adoptadas en la XVI, XVII, XVIII (Reunión Consultiva, realizada en Kioto, Japón, entre el 11 y el 22 de abril de 1994), XIX y XX Reuniones Consultivas de las Partes en el Tratado Antártico fueron promulgadas por Decreto N° 583 de 24/04/97, publicándose en el Diario Oficial el día 8 de agosto de 1997, y que en virtud de la facultad del Presidente de la República *Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle* conferidas por las normas constitucionales 32 Nº 17 y 50 Nº 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República y de la ley Nº 18.158 publicada el 9 de septiembre de 1982, que establece las normas sobre publicación de los Tratados Internacionales *que sean de gran extensión*, se ordena cumplir y llevarse a efecto como ley de la República. Texto disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_uli56.pdf

cualquier material a desechar a borde de un buque debe eliminarse de manera apropiada.

Además contiene también una *Guía para aquellos que organicen y conduzcan actividades turísticas y no gubernamentales en la Antártica* que exige ciertas *obligaciones claves para los organizadores y operadores* que se traducen en proveer una respuesta eficaz a las emergencias ambientales, especialmente con respecto a la contaminación marina e impedir la eliminación y emisión de desechos prohibidos.

En ésta misma Guía *se regulan ciertos procedimientos a seguir por los organizadores y operadores que conforme a la letra A, al planificar una excursión a la antártica se debe* entregar información para contribuir a la elaboración de planes de respuesta a cualquier contingencia de conformidad con el artículo 15 del *Protocolo de Madrid*, planes para el manejo de desechos de conformidad con el anexo III del mismo protocolo y planes de contingencia para la contaminación marina de conformidad a su anexo IV.

Conforme a la *letra B de ésta Guía, durante su permanencia en la zona del tratado antártico* se deben eliminar los materiales desechables de acuerdo con los anexos III y IV del *Protocolo de Madrid*. En estos anexos se *prohíbe*, entre otras cosas, la eliminación de plástico, aceite y sustancias nocivas en la zona del tratado antártico, se debe controlar las descargas de aguas servidas y desechos de combustibles, y exigir que la mayoría de los desechos sean removidos del área.

Luego de lo expresado, entenderemos por *Recomendación*, aquella medida adoptada en una Reunión Consultiva de Estados Partes o por un Organismo Internacional Altamente Técnico en materias sobre las que versa el tratado, destinadas a implementar, desarrollar y complementar puntos específicos o particularidades del Tratado, y que se

caracterizan por requerir una implementación ágil y dinámica, en un espacio de tiempo breve, sustituibles por otras de la misma naturaleza que las pueden ampliar o restringir o suprimir en virtud de la competencia normativa que emana de las mismas Partes, y cuya fuerza obligatoria dependerá si ha sido incorporada o no a los ordenamientos jurídicos internos de cada país, por lo que ésta recomendación puede ser norma jurídica internacional vinculante, aplicable en un Estado y tener un carácter supralegal al incorporarse a un tratado o bien ser sólo una indicación o sugerencia de validez internacional, que oriente el actuar de las Partes o incluso servir como elemento interpretativo, al formar parte del soft law.

3.4.- Objeto y análisis normativo del Tratado Antártico

Éste Tratado Internacional, que para algunos puede ser catalogado de *Tratado Marco* -como destaca *Montenegro, Hervé y Durán-*, porque contiene disposiciones y organizaciones básicas, dejando a la subsiguiente acción de las Partes el desarrollo detallado del mismo, definiéndose en él, sólo los propósitos y objetivos centrales del sistema, proporcionando una organización institucional mínima para lograr la cooperación entre las Partes[201]; tiene entre los principios y objetivos que persigue, concebir el *uso* de la Antártica para *fines exclusivamente pacíficos*, quedando por tanto, prohibido cualquier medida de carácter militar.

Las Partes[202] acuerdan una plena *libertad para la investigación científica* en ella, y el otorgamiento de las facilidades para la *cooperación científica internacional*, el *ejercicio de los derechos de inspección* previstos en el Artículo VII del presente Tratado, y las cuestiones relacionadas con el *ejercicio de la jurisdicción* en esa región.

[201] Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Duran M, Ob.Cit. en nota 162; página 60.
[202] Las Partes que inicialmente suscribieron el Tratado Antártico, esta integrado por los Gobiernos de Argentina, Australia, Bélgica, *Chile*, la República Francesa, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, la Unión del África del Sur, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de Norteamérica.

Las Partes además acuerdan la *protección y conservación de los recursos vivos* de la Antártica y en lo que dice relación con la contaminación, el Tratado Antártico prohíbe en su artículo 5 *toda explosión nuclear y la eliminación de desechos radiactivos* en la región Antártica.

3.5.- Ámbito de aplicación del Tratado Antártico

Su ámbito de aplicación espacial –expresa Farouk Garfe Jarufe- es limitado y abarcando una región al sur de los 60° latitud Sur incluidas todas las barreras de hielo, áreas marinas y fondos oceánicos, entre los que se encuentra la planicie abisal de Bellinghaussen, zona que fue considerada como eventual lugar de depósito de desechos radiactivos. La importancia que tiene respecto de vertimientos es que estipula expresamente la prohibición de eliminar desechos radiactivos en la zona de aplicación del Tratado[203], así se lee en él que; toda explosión nuclear en la antártica y la eliminación de desechos radiactivos en dicha región quedan prohibidos y en su inciso segundo expresa que en caso de que se concluyan acuerdos internacionales relativos al uso de la energía nuclear, comprendidas la explosiones nucleares y la eliminación de desechos radiactivos, en los que sean partes todas las Partes Contratantes, las normas establecidas en tales acuerdos se aplicarán en la Antártica[204]. En todo caso y conforme al artículo VI, nada en el presente Tratado perjudicará o afectará en modo alguno *los derechos o el ejercicio de los derechos de cualquier Estado* conforme al Derecho Internacional *en lo relativo a la alta mar dentro de esa región*.

3.6.- Alcance de las normas del Tratado Antártico y de la expresión nadie de su artículo 10º

[203] Faruok Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 669.
[204] Artículo 5° del Tratado Antártico.

En cuanto a la discusión doctrinaria en torno a los alcances de las normas del Tratado, respecto de terceros Estados que no forman parte del sistema, algunos autores argumentan –comenta *Farouk Garfe*- que es sólo válido para los signatarios mas no para los terceros Estados, *ello por aplicación general de las normas sobre el derecho de los tratados*. Para los signatarios y adherentes de éste instrumento el vertimiento de desechos radiactivos está prohibido expresamente, y si terceros Estados pretendieran eliminar tales desechos en la zona de aplicación del Tratado, las Partes Contratantes conforme al artículo X deberán hacer los esfuerzos apropiados, compatibles con la Carta de las Naciones Unidas, con el fin de que nadie lleve a cabo en la Antártica ninguna actividad contraria a los propósitos y principios del presente Tratado.

Farouk Garfe destaca que respecto de los alcances de la expresión *nadie, para algunos está referida exclusivamente a los Estados Partes del sistema, lo que podría llevar a vulnerar legítimos intereses. Sin embargo habría que aplicar también, otras normas convencionales que prohíben la contaminación del medio marino, reglas consuetudinaria, de jus cogens y principios generales de derecho internacional. Además es del caso recordar importantes recomendaciones como aquella adoptada en la VIII Reunión Consultiva*[205]*, que tuvo por objeto prevenir e impedir, ante la creciente generación de desechos radiactivos durante la producción de energía nuclear y la sugerencia de algunos que tales desechos sean aislados mediante el entierro de los mismos en la capa de hielo de la Antártica, que estas ideas no se cristalizaren, basados principalmente en que tal eliminación no puede garantizarse sobre la base del conocimiento científico actual*[206],-agregamos- desprendiéndose de tal recomendación un naciente principio precautorio del medio ambiente.

[205] La octava reunión consultiva dio origen a la recomendación N° 12 adoptada en Oslo, Noruega, entre el 9 y 20 de junio de 1975.
[206] Faruok Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 670 y 671.

En caso de surgir controversia entre dos o más de las Partes, concerniente a la interpretación o a la aplicación del presente Tratado, dichas Partes Contratantes *se consultarán entre sí con el propósito de resolver la controversia* por negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, decisión judicial u otros medios pacíficos, a su elección. *Toda controversia de esa naturaleza, no resuelta por tales medios*, será referida a la *Corte Internacional de Justicia*, con el consentimiento, en cada caso, de todas las partes en controversia, *para su resolución*.

4.- Tratado de Tlatelolco o Tratado para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina y el Caribe

El Tratado de Tlatelolco[207] fue incorporado por nuestro país en diciembre de 1974[208], recordando que fue acordado por las Partes para la proscripción del uso de armas nucleares en la zona[209]de aplicación del tratado, evitar que se puedan establecer bases nucleares o campos de prueba en América Latina o que se reciban de terceros armas nucleares, como también para contribuir a poner fin a la carrera de armamentos, especialmente los nucleares, y a la consolidación de un mundo en paz, fundada en la igualdad soberana de los Estados, el respeto mutuo y la buena vecindad[210].

[207] El Tratado de Tlatelolco fue suscrito por nuestro país en 1967, en la ciudad de México, México, siendo promulgada por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 709 de 22/10/74, publicado en el Diario Oficial el día 14 de diciembre de 1974, y que en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 54 del Decreto Ley Nº 247 de 17 de enero de 1974, se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto como ley de la República, la presente Convención. El texto de la Convención se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani578.pdf ; y si se quiere acceder al Tratado de Tlatelolco y todas sus enmiendas incorporadas, recomendamos dirigirse a la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Tlatelolco/P-Tlatelolco-e.htm

[208] Los datos de promulgación y publicación del Tratado de Tlatelolco fueron extraídos de la base de datos de la Biblioteca del Congreso Nacional. Sin embargo se debe tener presente como advierte Edmundo Vargas Carreño, que tan sólo cuando se reestableció la democracia, Chile depositó su instrumento de ratificación al Tratado de Tlatelolco a comienzos de 1994, con todos los requisitos que le permitieron incorporarse como miembro pleno de la Opanal. El alcance de Edmundo Vargas Carreño se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
Edmundo Vargas Carreño, Secretario General del Opanal, en discurso pronunciado en la Sesión Inaugural ante el XIX Período Ordinario de Sesiones de la Conferencia General, Santiago, Chile, 7-8 de noviembre de 2005. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Docum-e.htm

[209] El mapa de la zona de aplicación del Tratado de Tlatelolco se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Tlatelolco/maptlatel-e.htm

[210] Extraído del Preámbulo del Tratado de Tlatelolco.

Las Partes comprenden que por el incalculable poder destructor de las armas nucleares ha hecho imperativo que la proscripción jurídica de la guerra sea estrictamente observada en la práctica, cuyos terribles efectos alcanzan indistinta e ineludiblemente tanto a las fuerzas militares como a la población civil, constituyendo, por la persistencia de la radiactividad que generan, *un atentado a la integridad de la especie humana y aún pueden tornar finalmente toda la Tierra inhabitable*[211].

Edmundo Vargas Carreño destaca que si bien la incorporación de Chile al Tratado de Tlatelolco y a la Opanal[212]-[213] fue tardía, su contribución al desarme nuclear es de larga data, pues ya en 1962 cuando las armas nucleares no se encontraban proscritas por el derecho internacional, el Presidente *Sr. Jorge Alessandri Rodríguez* en un discurso pronunciado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, abogó por poner *término a los ensayos nucleares que en esos años se estaban llevando a cabo en el Océano Pacífico*, otorgando su más resuelto apoyo tanto a la celebración de una convención universal en la que se proscribieran las armas nucleares como a la creación de una zona libre de tales armas en América Latina[214].

Las partes –expresa Edmundo Vargas Carreño- a través del Tratado de Tlatelolco se han comprometido a utilizar exclusivamente con fines pacíficos el material y las

[211] Extraído del Preámbulo del Tratado de Tlatelolco.

[212] La Opanal es un organismo Inter-Gubernamental creado por el Tratado de Tlatelolco, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Tratado; responsable de convocar conferencias ordinarias y extraordinarias así como reuniones de consulta en asuntos relacionados con los propósitos, medidas y procedimientos establecidos en el Tratado y para supervisar el cumplimiento del Sistema de Control y las obligaciones derivadas del Tratado de Tlatelolco. Estos datos y otros sobre la Opanal se encuentran disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/about/about-e.htm

[213] Edmundo Vargas Carreño destacando la importancia del Opanal expresa las siguientes palabras: "si en América Latina no existen armas nucleares uno podría preguntarse el por qué de la existencia de un organismo como la Opanal. La pregunta es recurrente. Ya en 1971, el primer Secretario General del Opanal, ese gran diplomático y jurista ecuatoriano que fue *Leopoldo Benítez*, quién llegó a presidir la Asamblea General de las Naciones Unidas, al inaugurar una de las primeras conferencias generales del organismo-agregamos, Opanal-, recordaba, (acotando Vargas Carreño) –y cito textualmente- que en una cena a la que había sido invitado escuché a un opulento banquero explicarle a una distinguida dama lo que era el Opanal, diciéndole que era una manera de abreviar un nombre muy largo de un organismo que tiene por objeto quitar las armas nucleares en un continente donde no existían. Y valiéndose de esta anécdota, don Leopoldo comienza a refutar con elocuentes argumentos, de lo que el califica de total ignorancia de lo que es nuestro organismo. Dijo en esa oportunidad el primer Secretario del Opanal en plena competencia de las superpotencias para incrementar sus arsenales nucleares, "lo que constituye la esencia del Tratado de Tlatelolco y la razón de ser del Opanal es evitar que se puedan establecer bases nucleares o campos de prueba en América Latina o que se reciban de terceros armas nucleares, que crearían sin duda, no sólo riesgos militares sino peligros políticos. De ésta manera estamos preservando la vida y la salud física y mental de los hombres que habitan esta parte del mundo".
Edmundo Vargas Carreño, Secretario General del Opanal, en discurso pronunciado en la Sesión Inaugural ante el XIX Período Ordinario de Sesiones de la Conferencia General, Santiago, Chile, 7-8 de noviembre de 2005. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Docum-e.htm

[214] Ibidem.

instalaciones nucleares sometidas a su jurisdicción, y a prohibir e impedir en sus respectivos territorios el ensayo, uso, fabricación, producción o adquisición, por cualquier medio, *de toda arma nuclear*, por sí mismas, directa o indirectamente, así como también el recibo, almacenamiento, instalación, emplazamiento o cualquier forma de posesión de toda arma nuclear[215].

Además destaca que también forma parte del Tratado de Tlatelolco dos Protocolos Adicionales; el primero, está dirigido a asegurar el estatuto desnuclearizado de los territorios que en la zona latinoamericana cubierta por dicho tratado que, *de jure o de facto*, están bajo el control de potencias extracontinentales, que es el caso de Estados Unidos de América, Francia, los Países Bajos y el Reino Unido. Mediante el segundo Protocolo las potencias nucleares –China, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia y Reino Unido- han asumido el compromiso de "*no emplear armas nucleares y a no amenazar con su empleo contra las Partes contratantes del Tratado*", lo cual constituye para nuestra región una garantía en materia de seguridad nuclear de la mayor importancia[216].

Se establece con este Instrumento Internacional la primera zona habitada del planeta libre de armas nucleares[217].

Sin embargo, estas Zonas Libres de Armas Nucleares –expresa Edmundo Vargas Carreño- representan una solución parcial pero decisiva para el logro –teleológico si se quiere- para un desarme general y completo. Estas Zonas no sólo ponen un límite

---

[215] Edmundo Vargas Carreño, Secretario General del Opanal, *en discurso pronunciado ante la 50ª conferencia general del organismo internacional de energía atómica*, en la ciudad de Viena, Austria, el día 11 de septiembre de 2006. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Docum-e.htm

[216] Ibidem.

[217] En efecto destaca Edmundo Vargas Carreño, el Tratado de Tlatelolco, sirvió de ejemplo e inspiración para que después se establecieran en otras regiones del mundo zonas desnuclearizadas. En 1985, con el Tratado de Rarotonga, se crea una amplia zona libre de armas nucleares en el Pacífico Sur; en 1996 y 1997, con los Tratados de Bangkok y Pelindaba, se establece la desnuclearización militar del sudeste de Asia y de África, respectivamente y hace pocos días atrás, el 8 de septiembre de este año -2006- en la ciudad de Semipalatinsk, República de Kazakhstan, ese Estado y Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan y Uzbekistan adoptaron un tratado estableciendo una zona libre de armas nucleares en el Asia Central.
Edmundo Vargas Carreño, Secretario General del Opanal, *en discurso pronunciado ante la 50ª conferencia general del organismo internacional de energía atómica*, en la ciudad de Viena, Austria, el día 11 de septiembre de 2006. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Docum-e.htm

geográfico a la no proliferación nuclear y restringen la libertad de maniobra de las potencias nucleares, sino que *generan* también, *un entorno de confianza intra-regional*. Como lo ha expresado el preámbulo del Tratado de Tlatelolco, las zonas militarmente desnuclearizadas *no constituyen un fin en sí mismas, sino un medio para alcanzar en una etapa ulterior el desarme general y completo*[218].

Debemos concluir que este Tratado es una enorme contribución a la protección del medio ambiente marino contra la contaminación radiactiva, ya que prohíbe el uso de armas nucleares en la zona de aplicación del tratado, colocando a resguardo no sólo a los nacionales de los respectivos Estados Partes sino también ayuda a mantener el equilibrio de los ecosistemas marinos como del medio ambiente en general.

5.- Convenio de Londres o Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias (LC/72)

5.1.- Aspectos generales y análisis de su preámbulo

El Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias[219] (LC/72), *en adelante Convenio de Londres*, fue acordado el día 29 de diciembre de 1972 en la ciudad de Londres, Inglaterra, incorporándose a nuestro ordenamiento jurídico interno, *en junio de 1977*.

Nuestro país adopta este acuerdo internacional porque estima necesario proteger la salud humana, los recursos biológicos y la vida marina como los usos legítimos del mar

[218] Edmundo Vargas Carreño, Secretario General del Opanal, en discurso pronunciado en la Sesión Inaugural ante el XIX Período Ordinario de Sesiones de la Conferencia General, Santiago, Chile, 7-8 de noviembre de 2005. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Docum-e.htm

[219] El Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias (LC/72), fue aprobado por Decreto Ley Nº 1809 de 26/05/77, promulgado por el Decreto Supremo Nº 476 de 11/10/77, publicado en el Diario Oficial el día 25 de Junio de 1977 y que en virtud de las facultades conferidas por el artículo 5º del Decreto Ley Nº 247 de enero de 1974, se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes, la presente Convención. El texto de la Convención se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp799.pdf

-entre ellos, posibilidades de esparcimiento-[220]. La contaminación del medio marino procedente de todo tipo de fuentes es lo que pretende regular la *Convención de Londres*, que en opinión de *Farouk Garfe* es el más amplio instrumento internacional aplicable a la prevención de la contaminación *por desechos*, entre los cuales se incluyen los radiactivos[221], instrumento que en definitiva se caracteriza por su *carácter general*, aplicable a todo tipo de desechos y no reducida a un área geográfica limitada. El *Convenio de Londres* es el resultado de la aplicación de los principios ambientales contenidos en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972[222], destacándose en su preámbulo que el medio marino y los organismos vivos son vitales para la Humanidad, siendo de *interés común utilizarlos en forma sustentable*.

Si bien es cierto que los Estados tienen el derecho soberano[223] de explotar sus recursos naturales, también lo es, que en el ejercicio de sus derechos, respete el medio ambiente incluso en las zonas situadas fuera de los límites de su jurisdicción nacional, ya que se debe tener conciencia que la capacidad del mar para asimilar desechos y convertirlos en inocuos, y que sus posibilidades de regeneración de recursos naturales *no son ilimitadas*. Se quiere evitar en definitiva, un uso depredador de los recursos naturales, sobre todos de los hidriobiológicos; evitar que la contaminación no siga transformando

[220] Extraído del considerando del Decreto Ley Nº 1809 que lo aprueba y cuyo texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp385.pdf
[221] Farouk Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 653.
[222] Ibidem.
[223] Ya en 1963, *Francisco Cumplido y Jorge Tapia*, se preguntaban si acaso las integraciones supranacionales de carácter regional o funcional atentan contra el principio de la soberanía, concluyendo los autores que no, ya que a su juicio "la soberanía no existe sino sobre la base del derecho internacional. La autarquía de que goza un pueblo jurídicamente ordenado es real y sus desiciones definitivas e inapelables en el ámbito interno. La validez de su ordenamiento jurídico descansa en la Constitución, la que entrega a los gobernantes el ejercicio de las competencias supremas que supone la soberanía. Pero, como fenómeno social, está imperativa e inevitablemente vinculado al concierto de los demás pueblos, cuyos derechos no puede obstaculizar, y a cuyo progreso deseará unirse. Resulta así, que el Estado adquiere realmente personalidad desde el momento en que los demás Estados reconocen su existencia como un nuevo ordenamiento." De lo expresado por los autores podemos concluir que un Estado soberano al explotar sus recursos naturales debe siempre respetar el derecho de los demás Estados como entes soberanos, lo que implica que no debe perjudicar con conductas contaminantes el Territorio de otros Estados o los espacios comunes que son patrimonio de la Humanidad, tanto porque pertenece a la comunidad internacional, lo que se traduce en el reconocimiento de derechos y deberes -asumir obligaciones-, cuanto porque los tratados internacionales sobre la materia-que por lo demás integran el derecho internacional- importan restricciones a la Soberanía de los Estados, y en palabras de los autores "el Estado encuentra en el derecho internacional su reconocimiento definitivo como tal y la seguridad de su mantenimiento como entidad jurídica autárquica, al adherir a la organización supraestatal no sólo no ve lesionada su soberanía, sino que la reafirma para realizar la idea de derecho que el encarna". Francisco Cumplido y Jorge Tapia, *evolución del concepto de soberanía en el derecho constitucional moderno*. Revista de Derecho Publico Universidad de Chile, Nº 1 (1963) Santiago, Chile; páginas 28 y 29.

a los mares en el gran basurero del que no paga cuando se contamina; evitar que un Estado en ejercicio de su derecho soberano al desarrollo no contamine transfronterizamente los territorios de otros Estados; evitar finalmente que la contaminación acabe con la vida en el mar y de paso con la existencia de la humanidad[224].

Se debe recordar que el *preámbulo constituye un importante elemento de interpretación de todo tratado* y que incluso para algunos juristas –dice *Farouk Garfe*- según los casos, puede llegar a constituir fuente de obligaciones jurídicas[225]. Es más, como el preámbulo de la *Convención de Londres* recoge directamente lineamientos de la Declaración de Estocolmo, en opinión de *Farouk Garfe*, las Declaraciones como ésta –agregamos *soft law*- pueden llegar a poseer un carácter jurídico obligatorio para los Estados al transformarse en principios generales de derecho internacional, normas consuetudinarias y hasta normas de ius cogens. Por lo demás, tal ha sido el caso de numerosas otras resoluciones declarativas de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o aquella que declaró a los fondos marinos y oceánicos, como patrimonio común de la humanidad[226].

5.2.- Análisis del concepto vertimiento en el Convenio de Londres

Esta Convención, integra en el concepto vertimiento[227] dos verbos, *evacuación y hundimiento*, ambos deliberados. Lo importante a destacar es que la frase *vertimiento en el mar* delimita el ámbito de aplicación de la *Convención de Londres* porque el

[224] El texto se encuentra redactado en base al preámbulo de la *Convención de Londres*.
[225] Farouk Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 654.
[226] Idem.; página 664.
[227] El Artículo 3º de la *Convención de Londres* en su inciso 1º punto 1 letra a) dispone que a los efectos de este Convenio se entiende por *vertimiento*: i) toda *evacuación deliberada* en el mar de desechos u otras materias efectuado desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar;
ii) todo *hundimiento deliberado* en el mar buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar.

termino *mar*[228] lo hace sólo comprensivo *de todas las aguas marinas que no sean las aguas interiores de los Estados* y porque como bien destaca *Pedro Fernández Bitterlich*, no se aplica a vertimientos provenientes desde la tierra -agregamos, u otras fuentes terrestres como ductos, emisarios submarinos, etc.- ni tampoco comprende tanto la evacuación de otras materias directamente derivadas de la exploración, explotación y tratamientos afines, fuera de la costa, de los recursos minerales de los fondos marinos o relacionados con ellos, como aquellas *evacuaciones que sean incidentales a las operaciones normales* de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar y de sus equipos o que se deriven de ellas. Por tanto esta convención regula y previene sólo los vertimientos en el mar *procedentes de buques*[229] o de los hundimientos deliberados que ella describe[230]. En opinión de Farouk Garfe, este concepto de vertimiento influyó determinadamente en los acuerdos regionales adoptados sobre la materia y que fueron perfeccionados por alguno de ellos[231].

Además se debe destacar que la *Convención de Londres* comprende el vertimiento de *todo tipo de desechos u otras materias*, entendiendo por ellos, *los materiales y sustancias de cualquier clase, forma o naturaleza*[232]. La amplitud con que ha sido concebido el término desecho permite comprender en él los nuevos desechos que vaya produciendo la actividad humana y que se pretendan verter en el mar.

Además se debe destacar que el convenio regula la concesión de dos tipos de permisos; uno especial[233] y otro general[234]. Estos permisos se conceden en relación con la

[228] El artículo 3º punto 3 de la *Convención de Londres* define lo que en esta convención se entenderá por mar.
[229] El Artículo 3º de la *Convención de Londres* en su inciso 1º punto 2 dispone que a los efectos de este Convenio se entiende por *buques y aeronaves* los vehículos que se mueven por el agua *o por el aire*, de cualquier tipo que sean. Esta expresión incluye los vehículos que se desplazan sobre un colchón de aire y los vehículos flotantes, sean o no autopropulsados.
[230] Pedro Fernández Bitterlich, *manual de derecho ambiental chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 1ª Ed. junio (2001) Santiago, Chile; página 296.
[231] Farouk Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 659.
[232] El artículo 3º punto 4 de la *Convención de Londres* define lo que se entiende en esta convención *por desechos u otras materias.*
[233] El Artículo 3º de la *Convención de Londres* en su inciso 1º punto 5 dispone que a los efectos de este Convenio se entiende por permiso especial, el permiso concedido específicamente tras previa solicitud y de conformidad con el Anexo II y el Anexo III.

peligrosidad de los desechos a verter, pues si se trata de aquellos desechos contenidos en el anexo I -lista negra[235], acota Farouk- *los permisos serán prohibidos*. Si se trata de aquellos enumerados en el anexo II -lista gris[236]- se concederá verter los desechos previo permiso especial y tratándose de todos los demás desechos o materias, será necesario contar con un permiso general para su vertimiento[237]. Farouk agrega que para aquellos desechos radiactivos u otras materias radiactivas no incluidas en el anexo I se exige un permiso especial -porque se entienden incorporados en la letra D del anexo II- y las Partes Contratantes al expedirlos deberá tener en consideración las

---

[234]El Artículo 3º de la *Convención de Londres* en su inciso 1º punto 5 dispone que a los efectos de este Convenio se entiende por permiso general, *un permiso concedido previamente y de conformidad con el Anexo III*.

[235] Anexo I de la *Convención de Londres*.(lista negra)

1. Compuestos orgánicos halogenados.
2. *Mercurio* y compuestos de mercurio.
3. *Cadmio* y compuestos de cadmio.
4. *Plásticos persistentes y demás materiales sintéticos persistentes* tales como redes y cabos, que puedan flotar o quedar en suspensión en el mar de modo que puedan obstaculizar materialmente la pesca, la navegación u otras utilizaciones legitimas del mar.
5. *Petróleo crudo, fuel-oil, aceite pesado diesel, y aceites lubricantes, fluidos hidráulicos, y mezclas que contengan esos hidrocarburos*, cargados con el fin de ser vertidos.
6. *Desechos u otras materias de alto nivel radioactivo* que por razones de salud pública, biológicas o de otro tipo hayan sido definidos por el órgano internacional competente en esta esfera, actualmente el Organismo Internacional de energía Atómica, como inapropiados para ser vertidos en el mar.
7. *Materiales de cualquier forma* (por ej., sólidos, líquidos, semi-líquidos, gaseosos o vivientes) producidos para la guerra química y biológica.
8. Los párrafos precedentes el presente Anexo *no se aplicarán a sustancias que se transformen rápidamente en el mar en sustancias inocuas* mediante procesos físicos, químicos o biológicos, *siempre que*:
i) *no den mal sabor* a la carne de los organismos marinos comestibles, o
ii) *no pongan en peligro la salud del hombre o de los animales domésticos*.
Si existiese alguna duda sobre si una sustancia es inocua, la Parte deberá seguir el procedimiento consultivo dispuesto en el artículo XIV.
9. El presente Anexo *no se aplicará a desechos u otros materiales* (tales como logos de aguas residuales y escombros de dragados) que *contengan como vestigios de contaminantes*, las materias a que se hace referencia en los apartados 1-5 del presente Anexo. Estos desechos estarán sujetos a las disposiciones de los anexos II y III según proceda.

[236] ANEXO II del Convenio de Londres.(lista gris)

Las siguientes sustancias y materiales que requieren especial atención se enumeran para los efectos del inciso a) del apartado 1 del artículo VI.

A. Desechos que contengan cantidades considerables de las materias siguientes:
arsénico)
berilio)
cobre)
cromo) y sus compuestos
níquel)
plomo)
vanadio)
cinc)
compuestos orgánicos de silicio
cianuros
fluoruros
pesticidas y sus subproductos no incluidos en el Anexo I.

B. Los contenedores, chatarra y otros desechos voluminosos que puedan hundirse hasta el fondo del mar y obstaculizar seriamente la pesca o la navegación.

C. Al expedir los permisos especiales para la incineración de las sustancias y materias enunciadas en el presente Anexo, las Partes Contratantes aplicarán las reglas para el control de la incineración de desechos y otras materias en el mar que figuran en el adendo del Anexo I y tendrán en cuenta las Directrices técnicas para el control de la incineración de desechos y otras materias en el mar, aprobadas por las Partes Contratantes tras las consultas pertinentes, en la medida especificada en esas reglas y directrices.

D. Materiales que, si bien no son de naturaleza tóxica, pueden resultar perjudiciales debido a las cantidades que se vierten, o pueden mermar seriamente las posibilidades de esparcimiento.

[237] Extraído del artículo 4º del *Convenio de Londres*.

Recomendaciones del organismo internacional competente en esta esfera, actualmente el Organismo Internacional de Energía Atómica, *en adelante OIEA*[238].

Además *para la concesión de todos estos permisos* se deben considerar los factores enumerados en el anexo III, en cuanto a las características y composición de la materia -a modo de ejemplo; toxicidad, persistencia, acumulación y biotransformación en materiales biológicos o sedimentos-; en cuanto a las características del lugar de vertimiento y método de depósito -verbigracia; características de los fondos, situación (por ej., coordenadas de la zona de vertimiento, profundidad y distancia de costa), situación respecto a otras zonas (por eje., zonas de esparcimiento, de desove, de criaderos y de pesca y recursos explotables)-[239].

En definitiva en relación con los desechos y en particular con los desechos radiactivos, la convención ha distinguido entre desechos de *Alto nivel radiactivo y Mediano o Bajo nivel radiactivo*, niveles que serán determinados y controlados por la OIEA, que por lo demás a juicio de *Biggs*, constituyen normas mínimas con valor legal[240]y *Farouk Garfe* agrega, que sus *Recomendaciones* aun careciendo de fuerza vinculante en strictu sensu, no carecen de valor jurídico ni por supuesto de eficacia, ya que es indudable que sus recomendaciones por su *valor altamente técnico* constituyen para los Estados cuando menos un punto de referencia insustituible[241].

Gonzalo Biggs nos recuerda que como la *Convención de Londres* distingue entre material de Alto y Bajo nivel de radiactividad y el vertimiento de los primeros se prohibió pero no el de los segundos, prácticamente hasta 1994, no existió impedimento

[238] Farouk Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 660.
[239] Texto extraído del anexo III de la *Convención de Londres*.
[240] Gonzalo Biggs Bruna, *el derecho internacional del medio ambiente y su impacto en el derecho chileno*. Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional. Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editorial Lexis Nexis, 1ª Ed. julio (1998), Santiago, Chile; página 459.
[241] Margarita Corral Suárez, *el vertido de residuos radiactivos en la fosa atlántica y el derecho internacional*. Citada por Farouk Garfe Jarufe, *análisis jurídico internacional del vertimiento de residuos radiactivos en el mar*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XV (1993-1994) Valparaíso, Chile; página 662.

alguno para el vertimiento de éstos últimos. Sin embargo, en 1983 las Partes Contratantes adoptaron una *moratoria voluntaria* que suspendió el vertimiento de todo material radiactivo, moratoria que contó con el voto favorable de Chile y las reservas de Inglaterra y Estados Unidos de continuar con ellos[242].

Podemos agregar que si bien la Convención de Londres no podía impedir el vertimiento de desechos de Mediana o Baja Radiactividad, tales vertimientos podían ser evitados en virtud de las normas de la Convención del mar, ya que el estado ribereño amparado por sus normas, permite suspender temporalmente el paso inocente de un buque extranjero, a fin de resguardar la seguridad de su Territorio contra cualquier acto de contaminación intencional y grave contraria a las disposiciones de la Convención del Mar de 1982.

5.3.- Principio de la responsabilidad común pero diferenciada recogido en el Convenio de Londres

Se debe tener en cuenta algunas consideraciones expresadas por Farouk en el sentido que los Estados que utilizan la energía nuclear y que, en consecuencia, son los productores de desechos radiactivos, empleaban para el deposito de residuos la fosa atlántica, aguas internacionales y fondos marinos que constituyen *patrimonio común de la Humanidad*, incluso se pretendió exportar dichos desperdicios atómicos a los países del Tercer Mundo, en base a convenios especiales. Es por ello que en los foros internacionales se ha promovido que los Estados productores de tales desechos deben utilizar su propio territorio para depositarlos, prohibiéndose su exportación y la utilización de espacios que pertenecen a la Humanidad toda[243].

[242] Gonzalo Biggs Bruna, Ob.Cit. en nota 240; página 461.
[243] Farouk Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 637.

Además es equitativo que así sea porque, resulta desigual que los países que no participan en la carrera nuclear ni obtienen provecho de su utilización pacífica deban asumir en iguales términos que las naciones que se benefician de ella[244] -energía atómica-, lo que demuestra que las normas de la *Convención de Londres*, además de integrar los principios de derecho internacional del medio ambiente, desarrollo sustentable y prevención que son notorios, se debe agregar el *principio de la responsabilidad común pero diferenciada* que subyace en sus normas, principio que por lo demás, se encuentra destacado en la Declaración de Río de junio de 1992, ya que, como los Estados han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, tienen en consecuencia responsabilidades comunes pero diferenciadas, y que en la Declaración de la II Reunión de los Presidentes de los Países Amazónico-Declaración de Manaos[245] de 1992- adoptada a nivel regional, en febrero de 1992, se reconoce una mayor responsabilidad de los países desarrollados en el deterioro progresivo del medio ambiente, razón demás por la cual no pueden pretender imponerse controles ecológicos y condicionantes a los países en desarrollo.

En términos de Andrés Landerretche la responsabilidad común pero diferenciada *deriva de la aplicación del principio de equidad junto al reconocimiento de la especial situación de los países subdesarrollados*. Esta tendencia continuará desarrollándose debido a que los Tratados internacionales, hoy en día, abordan materia de extrema complejidad que requiere la participación de gran cantidad de Estados en distintos

[244] Idem.; página 636.
[245] La Declaración de la II Reunión de los Presidentes de los Países Amazónicos Los Presidentes de los Países Amazónicos, fue celebrada en Manaos, Brasil entre los días 10 y 11 de febrero de 1992, con el propósito de examinar los temas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www.otca.org.br/ep/Institucional/Reunion_Presidentes/2-Reunion.php

niveles de desarrollo económico y con diferentes grados de responsabilidad frente a problemas determinados[246].

5.4.- El principio precautorio recogido en el Convenio de Londres

Finalmente destacaremos que en 1989 las Partes Contratantes acordaron una enmienda[247] al *Convenio de Londres*, particularmente a su Anexo III, agregando el punto 9 que a nuestro juicio *incorpora el principio medio ambiental precautorio*[248], toda vez que las Partes Contratantes al expedir un permiso especial o general para efectuar una operación de vertimiento *deben considerar si existe una base científica suficiente acerca de las características y composición de la materia que se va a verter*, para determinar los efectos que puede tener en la vida marina y la salud del hombre. Por lo tanto debemos concluir que si no existe tal base científica certera y absoluta, el Estado debe abstenerse de conceder el permiso de vertimiento, disposición que introduce en la *Convención de Londres* el denominado *principio precautorio*.

5.4.1.- Orígenes del principio precautorio

Los orígenes del principio precautorio –vorsorgeprinzip, en idioma alemán-, para algunos autores -destaca Gonzalo Figueroa Yánez citando a Bourg y Schlegel- lo sitúan en el ordenamiento jurídico alemán[249] en la década de los setenta, y en relación con el

[246] Andrés Landerretche, *principios formativos del derecho internacional del medio ambiente*. Diplomacia Nº 66 diciembre (1994) Santiago, Chile; páginas 56 y 57.

[247] La Enmienda al Anexo III del Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972, fue promulgada por Decreto Nº 16 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 06/01/92, publicada en el Diario Oficial el día 15 de abril de 1992, y que en virtud de las facultades conferidas por las disposiciones constitucionales 32 N° 17 e inciso segundo del Nº 1 del artículo 50 de la Constitución Política de la República, el *Presidente de la República Sr. Patricio Aylwin Azocar*, dispone y manda que esta Enmienda se cumpla en todas sus partes. Refrendado por el Sr. Ministro de Relaciones Exteriores Enrique Silva Cimma. Edmundo Vargas Carreño, Subsecretario de Relaciones Exteriores.
Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani284.pdf

[248] Carmen Artigas destaca la misma conclusión al decir que los países partes en el Convenio de Londres adoptaron el principio precautorio en una resolución en 1991, para recogerlo posteriormente en las enmiendas a dicho instrumento.
Carmen Artigas, *el principio precautorio en el derecho y la política internacional.* Serie Recursos Naturales e Infraestructura Nº 22 mayo (2001), Santiago de Chile; pagina 12 de documento pdf, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf

[249] En el mismo sentido, Montenegro, Hervé y Durán, destacan que su origen se encuentra en el ordenamiento jurídico alemán, presentado un desarrollo en instrumentos internacionales sólo a fines de la década de los 80. Agregan que su establecimiento ha permitido –según sus defensores- considerarlo el fundamento para la adopción temprana de medidas en casos de grave amenaza

resarcimiento de los daños originados por la contaminación química cuyos efectos no se manifiestan inmediatamente sino después de transcurrido un largo tiempo; otros ven su inicio en los riesgo provocados por la industria nuclear, en relación con el principio *ALARA* adoptado en 1973 por la Comisión Internacional de protección radiológica; otros en cambio, destacan que el principio nace en la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, y otros lo sitúan en la Convención de Viena de 1985, sobre protección de la Capa de Ozono[250].

Para Raimundo González Aninat este principio junto con emanar del derecho de prevención, cuyo origen conceptual se remonta a la decisión del Trail Smelter[251], reconoce también raíces en el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de hechos no prohibidos. Agrega que una definición ideal de éste concepto debería combinar dos ideas extraídas de la *Declaración de Bergen* y que se encuentran incorporadas casi de manera idéntica en la Declaración Ministerial de la II Conferencia Mundial del Clima de noviembre de 1990. Estas ideas se traducen en la obligación de anticipar, prevenir y atacar la degradación ambiental y que se debe actuar cuando haya amenazas de un daño serio e irreversible, y por lo tanto, la carencia de una certeza científica absoluta no debería ser usada para posponer medidas que impidan la protección del medio ambiente. La aplicación del principio precautorio no se reduce

---

ambiental, en cambio para sus detractores este principio representa un fundamento para la sobrerregulación y limitación de las actividades humanas, llegando a ser paralizante, sosteniendo incluso que este principio bloquea el desarrollo de cualquier tecnología, si existe la más mínima posibilidad teórica de daño.
Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Durán M., Ob.Cit. en nota 162; páginas 47 y 48.

[250] Dominique Bourg y Jean Louis Schlegel, parer aux risques de demain-le principe de precaution. Citado por Gonzalo Figueroa Yánez, *el principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil*. Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado I, Temas de Responsabilidad Civil (2004) Universidad Diego Portales, Santiago, Chile; página 65 y 66.

[251] Raimundo Aninat González cita al autor Bin Cheng, General Principles of Law, Grotius Publications Limited (1987) pág. 105 y siguientes; quién destaca que el origen conceptual del principio se remonta al caso Trail Smelter-Arbitration 1935, en que se dirimió una disputa entre Gran Bretaña, por cuenta de Canadá y los Estados Unidos, en razón de la transmisión de bióxido sulfuroso desde una fundición canadiense al territorio americano donde se produjeron daños a la pesca , las cosechas, y las masas forestales, en el cual el tribunal arbitral llegó a la conclusión que: "ningún Estado tienen derecho a usar o permitir el uso de su territorio de manera que los humos de emanaciones de gases puedan causar perjuicios en el territorio de otro Estado o en los bienes de personas que viven en él, *cuando el caso trae serias consecuencias y el perjuicio sea establecido por una evidencia clara y de conveniencia.*
Raimundo González Aninat, *principios generales del derecho internacional ambiental*. Revista de Derecho Universidad de Concepción, Año 60 Nº 191 enero-junio (1992), Concepción, Chile; página 108 y 112.

sólo a los riesgos transfronterizos y al perjuicio de que a ello dé lugar, sino que abarca a todo tipo de actividades sensibles para el medio ambiente. Seguidamente, la limitación que implica es un corolario de nuestro escaso conocimiento de los impactos ecológicos en las actividades humanas a través del tiempo y espacio. Por otra parte la acción precautoria estructura u amplio enfoque sistemático hacia el manejo global ambiental, el que debe ser complementado por un adecuado pronóstico y prevención de aquello que pueda estimarse perjudicial[252].

Carmen Artigas expresa que sus orígenes se remontan a al primer tercio del siglo XX, consolidándose en temas de directa relevancia para la *salud humana* como el efecto del uso de productos químicos o de la descarga de contaminantes, constituyéndose en una *herramienta de apoyo para los países en desarrollo, cuyos medios científicos no les permitían cuestionar de manera fehaciente los supuestos planteados por el mundo desarrollado en cuanto a la inocuidad de tales sustancias*[253].

Agrega Carmen Artigas, que el origen del principio precautorio se remonta según algunos autores –Boehemer 1994- a la tradición socio-política alemana surgida en el apogeo del socialismo democrático de 1930, basado en el principio del *buen manejo doméstico*. Se considero una asociación constructiva entre el individuo, la economía y el Estado para afrontar los cambios a fin de mejorar la relación entre la sociedad y la naturaleza de la que se dependía para sobrevivir.

Comenta Artigas –remitiéndose a Boehemer-, que el concepto alemán vorsorgeprinzip, implica mucho más que la simple traducción inglesa de planificación preventiva. El concepto absorbe también nociones de prevención de riesgo, costo, efectividad –pero

[252] Idem.; página 112.
[253] Carmen Artigas, Ob.Cit. en nota 248; pagina 5 de documento pdf, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf

en un marco económico más flexible- responsabilidades éticas para la mantención de la integridad de los sistemas naturales y de la falibilidad de la comprensión humana. El derecho de la naturaleza significa, en parte, darle opciones de acomodarse a la interferencia humana, por lo que la precaución asume que pueden cometerse errores.

Para los alemanes por lo tanto –expresa Artigas-, la precaución es una medida de intervención, una justificación de la participación del Estado en la vida diaria de los actores sociales, en nombre del buen gobierno[254]-[255].

Artigas comenta que el principio precautorio ingresó a la escena internacional en el contexto del control de la contaminación marina, a través de la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia sobre la protección del Medio Ambiente de 1987, y su énfasis en las sustancias tóxicas señalándose que los participantes aceptan el principio de salvaguardar el ecosistema marino del Mar del Norte reduciendo las emisiones contaminantes de sustancias que son persistentes , tóxicas y susceptibles de acumulación en la fuente, mediante el uso de la mejor tecnología disponible y otras medidas apropiadas. Esta opción se aplica especialmente cuando hay razón para presumir que tales sustancias pueden causar algún daño o efectos nocivos en los recursos marinos vivos, aun cuando no haya evidencia científica que pruebe el vínculo entre las emisiones y los efectos[256].

El profesor *Gonzalo Figueroa Yánez* destaca que en la Declaración Ministerial de la 2ª Conferencia Internacional para la Protección del Mar del Norte de 1987, se utiliza el

[254] Idem.; pagina 7 y 8 de documento pdf, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf

[255] Artigas agrega que a través de finales de los años setenta y principios de los 80', estas nociones de cuidado y práctica inteligente han sido extendidas a 6 conceptos básicos enmarcados ahora en el principio precautorio; anticipación preventiva, salvaguardia del espacio ecológico y ambiental, proporcionalidad de la respuesta o costo-efectividad de los márgenes de error, deber de cuidado o carga de la prueba en aquellos que proponen el cambio, promoción de la causa de los derechos naturales intrínsecos, pago por la pasada deuda ecológica. Carmen Artigas, *el principio precautorio en el derecho y la política internacional*. Serie recursos naturales e infraestructura Nº 22 mayo (2001), Santiago de Chile; paginas 8 y 9 de documento pdf, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf

[256] Idem.; paginas 11 y 12 de documento pdf, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf

término precaución en el sentido que se le atribuye actualmente, esto es, *el principio tiene aplicación sólo en un contexto de incertidumbre científica, y constituye una proposición de acción preventiva sobre la fuente de un peligro*[257]. *El principio se inscribe en una nueva modalidad de relaciones del saber y del poder*. La edad de la precaución -se ha señalado-es una edad en la que se reformula la exigencia cartesiana de la necesidad de una duda metódica. Revela una ética de la decisión necesaria en un contexto de incertidumbre[258].

Este principio –agregamos, como todo principio ambiental- es recogido con un rol orientador para el desarrollo y aplicación del derecho internacional, sólo que en éste caso -principio precautorio- se aplica *en casos de falta de certeza científica*[259].

Loreto Arrepol en su memoria de prueba destaca como de suma importancia en esta materia *la modalidad de intercambio de informaciones científicas entre los Estados*, verbigracia, ello ocurre en la Convención de Washington de 1940, el Tratado Antártico, el Tratado de Cooperación Amazónica de 1978, la Convención del Mar de 1982, la Convención sobre pronta notificación de accidentes nucleares de 1986 –agregamos y otros de carácter internacional, como también las declaraciones ambientales y el soft law ambiental en general- en donde se prevé el intercambio científico y a veces de tipo obligatorio[260].

Creemos que este intercambio ayudará a proporcionar las bases suficientes para que los Estados al enfrentarse al dilema de desarrollar, disminuir o hacer cesar una determinada actividad contaminante o no- por ejemplo la manipulación genética de animales y

[257] Gonzalo Figueroa Yánez, Ob.Cit. en nota 250; páginas 65 y 66.
[258] Salvador Darío Bergel, citado por Gonzalo Figueroa Yánez; página 67.
[259] Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Durán M., Ob.Cit. en nota 162; página 47.
[260] Loreto Arrepol Villanueva, memoria de prueba "*derecho internacional ambiental*", Universidad Católica de la Santísima Concepción, (1997) Concepción, Chile; página 55 y 56.

vegetales-, que podría traer consecuencias riesgosas para la vida, salud y el medio ambiente de sus connacionales y de la humanidad toda, y que al respecto no exista una certeza científica concluyente acerca de sus efectos dañosos, pueda adoptar las medidas pertinentes para proteger el medio ambiente, teniendo como base la información que entre los propios Estados ha circulado, y que por cierto deben tener en cuenta.

Voces en contra de este principio como las de Holm y Harris –acota Artigas- esgrimen que este principio conduce a inclinar la evidencia de una manera específica, ya que el peso dado a la evidencia se considera una función de su garantía epistemológica –grado en el cual tenemos razones para creer la evidencia-, en consecuencia, se induce a cambiar este equilibrio natural dando a la evidencia que apunta en una dirección, más importancia, que a la otra, aun en los casos en que ambas tengan la misma garantía, generándose con ello una distorsionada visión acerca del mundo llevándonos a sustentar falsas creencias, por lo tanto- concluyen- el principio precautorio no pude ser una forma válida de evaluación de la evidencia. Agregan que como un principio de opción racional sería paralizante, bloqueando el desarrollo de cualquier tecnología si existe la más mínima posibilidad teórica de daño. La debilidad fatal del principio precautorio ilustra un problema común al intentar convertir opciones morales en normas regulatorias. Según Cross –comenta Artigas- la incertidumbre científica se convertiría en la base de la reglamentación de protección ambiental[261].

No obstante lo anterior, podríamos preguntarnos porqué se ha erigido este principio, porqué se ha desarrollado y recogido en la legislación internacional y nacional, porqué ha sido adoptado por la jurisprudencia como herramienta hermenéutica para solucionar conflictos ambientales, sin dudas los detractores a este principio, olvidan que surge

[261] Carmen Artigas, Ob.Cit. en nota 248; paginas 17 y 18 de documento pdf, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf

como reacción ante tanto abuso ambiental, como necesidad del ser humano de temer a desaparecer como especie, surge como manifestación de una nueva conciencia, que respeta a cada uno y a todos, conciencia que supera la visión puramente racional de las cosas, y la integra con la esencia del ser humano, sus valores, como demostración de su espíritu, que en definitiva fundamentan los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales y orientan al legislador en la producción normativa y al sentenciador en la aplicación de tales normas. El respeto a los seres humanos, a los demás seres vivos y a nuestro Oikos en general, ha penetrado en forma transdisciplinaria todas las áreas del saber, y no es de extrañar que se encuentre presente en el contenido de las normas jurídicas, ambientales o no, ya que el movimiento moralizador de las normas basado en el respeto de unos con otros, plasmó un camino sin retorno a fines de la segunda guerra mundial, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es así entonces, que la dignidad se redescubre a consecuencia de la misma barbarie del ser humano.

6.- Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural o Convención sobre el Patrimonio Mundial

6.1.- Antecedentes generales y análisis del preámbulo

La Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural[262], en adelante *Convención del Patrimonio Mundial*, fue suscrita en la Conferencia General de la Unesco, París, Francia, el 16 de noviembre de 1972, *incorporándose* a nuestro ordenamiento jurídico interno, *en mayo de 1980*.

[262] La *Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural* fue promulgado por Decreto N° 259 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 27/03/80, publicándose en el Diario Oficial el día 12 de mayo de 1980, y que en virtud de la facultad conferida en el artículo 5° del Decreto Ley N° 247 de 17 de enero de 1974, *se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como ley de la República, la presente Convención*. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp793.pdf

Los antecedentes históricos de ésta convención nos remontan al año 1959, fecha en la cual la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en adelante *UNESCO*, lanza una campaña internacional a raíz de la decisión de Egipto de construir la gran presa de Assuán, que inundaría el valle donde se encontraban los templos de Abú Simbel, tesoros de la civilización del antiguo Egipto. En una campaña que costó cerca de 80 millones de dólares -la mitad de los cuales fueron aportados por unos cincuenta países concientes de la necesidad imperiosa de conservar del patrimonio mundial y que de paso demostró la responsabilidad compartida que debe existir entre las naciones para la preservación de sitios culturales de excepción-; se desmontó, trasladó y montó de nuevo los templos de Abú Simbel y Filae. El éxito obtenido, estimuló otras campañas de salvaguarda, como la de Venecia en Italia, la de Mohenjo Daro en Pakistán y la de Borobudur en Indonesia[263]. Luego con la ayuda del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios, en adelante *ICOMOS*, la *UNESCO* inició la elaboración de un proyecto de convención sobre la protección del patrimonio cultural, idea que se concilió con la necesidad de conservar *sitios naturales y paisajes maravillosos* del mundo, *para el presente y futuro de la humanidad*.

Para desarrollar este noble fin, se recurrió a la *cooperación internacional* a fin de que creara una fundación del patrimonio mundial, elaborándose propuestas similares por parte de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus recursos, en adelante *UICN*, que fueron presentadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972[264].

[263] Texto disponible en la página web del Centro Internacional para la Conservación del Patrimonio, institución no gubernamental cuyo objetivo primordial es la cooperación internacional en torno al Patrimonio Físico de los pueblos. http://www.cicop.com/unesco.htm

[264] Texto redactado tomando como referencia el documento disponible en la página web del Centro Internacional para la Conservación del Patrimonio, institución no gubernamental cuyo objetivo primordial es la cooperación internacional en torno al Patrimonio Físico de los pueblos. http://www.cicop.com/unesco.htm

Meses después, y en una década caracterizada por el surgimiento de numerosos movimientos ecológicos, que reaccionan ante la destrucción cada vez más galopante del patrimonio cultural y natural de nuestro planeta, y no sólo a consecuencia de las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica, que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más temibles; se adopta en la Conferencia General de la *UNESCO* de *16 de Noviembre de 1972*, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

Se busca entonces, proteger *a través de diversos instrumentos de carácter internacional*, a estos *bienes culturales y naturales, únicos e irremplazables, considerados excepcionalmente valiosos para la humanidad*, de cualquiera que sea el país a que pertenezcan, bienes *cuyo deterioro o desaparición*, constituye un *empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo*, lo que unido a la magnitud de recursos económicos, científicos, y técnicos que se requieren para su conservación, ésta *no es posible lograrla a escala nacional y de manera aislada*, entendiéndose que *incumbe a la colectividad internacional entera*, participar en su protección, *prestando una asistencia colectiva que sin reemplazar la acción del Estado interesado, la complete eficazmente*[265].

6.2.- Análisis normativo de la Convención del Patrimonio Mundial

Es así entonces, que la Convención del Patrimonio Mundial, en su artículo 2º señala que a efectos de ésta Convención se considera patrimonio natural; los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas[266] o por grupos de esas

[265] Texto redactado principalmente en base al Preámbulo de la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

[266] Las zonas intertropicales del planeta se caracterizan por poseer las mejores condiciones naturales para la existencia de la vida, la cual a través de la evolución ha diseñado y desarrollado las *formaciones biológicas* más completas y diversificadas como son: *las formaciones selváticas, el ecosistema terrestre, las formaciones de manglar en los estuarios y las formaciones coralinas a nivel marino*. Luís Antonio Gonzáles Escobar, *la ecología industrial y la gestión ambiental*. Revista Homotechnia, vol. I N° 1 agosto-octubre (2005), disponible en formato pdf página 3, en la siguiente dirección electrónica:

formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, las formaciones geológicas[267] y fisiográficas[268] y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies, animal y vegetal, amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

6.3.- Amplitud del concepto Patrimonio Natural

De lo expuesto, el *Patrimonio Natural* es un concepto bastante amplio, que comprende conforme a la Lista del Patrimonio Mundial, *parques nacionales*, *reservas naturales*, bosques, islas, *bahías*, montañas, *paisajes culturales, glaciares*, penínsulas, quebradas, *barreras de arrecife*, reserva de fauna, montes, paisajes panorámicos, *zonas de conservación*, reservas de cordillera, valles, *lagos*, montañas, istmos, *cuencas*, *golfos*, *canales*, *santuarios naturales*, *jardines botánicos*, colinas, *islas subantárticas*, reservas de caza, *deltas*, *atolón*, reservas forestales, entre otros que se pueden incluir[269].

6.4.- Órganos que implementan la Convención del Patrimonio Mundial

---

http://scholar.google.com/scholar%3Fq%3Decolog%C3%ADa++formaciones+biol%C3%B3gicas%26hl%3Des%26lr%3D%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-39,SKPB:es%26oi%3Dscholart
Otro ejemplo de *formación biológica* son los bosques ribereños, que son importantes formaciones biológicas que contribuyen a la conservación de los valles de los ríos y a la mitigación de la erosión de las riberas; junto con las formaciones herbáceas y arbóreas sobre los taludes de las cuencas, garantizando el flujo de aguas claras y reduciendo los embauques. Disponible en, http://www.fao.org/docrep/w6251s/w6251s06.htm

[267] Según el *Diccionario de la Lengua Española*, *formación geológica* es un conjunto de rocas o masas minerales que presentan caracteres geológicos y paleontológicos (ciencia que trata de lo seres orgánicos desaparecidos a partir de sus restos fósiles) semejantes. Por *geología* (del griego *geo*, tierra, y *logos*, estudio) entiende, a la ciencia que trata de la forma exterior e interior del globo terrestre, de la naturaleza de las materias que lo componen y de su formación, de los cambios o alteraciones que estas han experimentado desde su origen, y de la colocación que tienen en su actual estado.

[268] *Fisiográfica*, perteneciente o relativo a la fisiografía. A su vez *Fisiografía*, es la geografía física. Por *Geografía* se entiende aquella ciencia que trata de la descripción de la tierra. *Geografía Física*, es aquella parte de la geografía que trata de la configuración de las tierras y los mares. Todos estos conceptos han sido extraídos del *Diccionario de la Lengua Española*.

[269] Datos extraídos de la *Lista del Patrimonio Mundial*, disponible en; http://whc.unesco.org/patrimonio.htm

El órgano encargado de determinar a petición de un Estado, qué sitios han de inscribirse en la Lista del Patrimonio Mundial, es un Comité Intergubernamental denominado *Comité del Patrimonio Mundial*, responsable además de la aplicación de ésta Convención, del examen de informes acerca del estado de conservación de los bienes ya inscritos, y que recomienda a los Estados Partes, la *adopción de las medidas* del caso, si los sitios no encuentran bien administrados.

Éste Comité se encuentra constituido por representantes de 21 Estados, que por 6 años tendrán esa calidad, eligiéndose entre tales representantes a 7 de ellos, que pasarán a integrar un Órgano ejecutivo denominado *Mesa del Patrimonio Mundial*, que se encarga de la preparación de los trabajos del Comité. Además el Comité examina las propuestas de inscripción basándose en las evaluaciones técnicas efectuadas por *dos órganos asesores*; el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (*ICOMOS*) y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (*UICN*). Un tercer órgano asesor, el Centro Internacional de Estudios de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (*ICCROM*), brinda su colaboración en materia de restauración de monumentos y organiza cursos de capacitación de especialistas.

Existe además, el *Centro del Patrimonio Mundial* creado para que se encargue de la *organización de las reuniones anuales* de la Mesa y del Comité, asesorar a los Estados Partes en la preparación de las propuestas de inscripción, prestar la asistencia técnica que se le solicite, y coordinar la presentación de informes sobre el estado de los sitios y la aplicación de medidas de emergencia cuando un bien esté amenazado, en general se encarga de la *gestión ordinaria* de todo lo relativo a la Convención. También es responsable de la administración del *Fondo del Patrimonio Mundial*, que fue creado en 1972 por la Convención, y que obtiene sus recursos esencialmente de las

contribuciones obligatorias de los Estados Partes, de contribuciones voluntarias y otras fuentes de ingreso como los *fondos fiduciarios* donados por países con fines específicos y los ingresos procedentes de la venta de productos derivados relativos al patrimonio mundial[270].

6.5.- Principios del derecho internacional del medio ambiente que destacan en la Convención del Patrimonio Mundial

Finalmente destacaremos que en ésta convención *resaltan* los siguientes Principios de Derecho Internacional del Medio Ambiente, como son los que se indican a continuación:

6.5.1.- Principio de la prevención; que impulsa a los Estados imperativamente a actuar, para evitar los efectos negativos de la destrucción parcial o total del patrimonio mundial, que sabemos es el objeto primordial de la presente convención;

6.5.2.- Principio del derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de la jurisdicción nacional; principio que se manifiesta por una parte como derecho soberano a explotar sus propios recursos naturales, en su artículo 6, pues conforme a él se lee que la Convención respeta plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorio se encuentra el patrimonio cultural y natural, y por otra se manifiesta como obligación, que se deduce del objeto de la convención, esto es, evitar la destrucción del patrimonio mundial.

[270] Texto del Centro Internacional para la Conservación del Patrimonio, documento disponible en, http://www.cicop.com/unesco.htm

En éste sentido, los Estados Partes en ésta Convención, no pueden dañar lo que se proponen proteger y amparar, tanto porque, han comprometido su responsabilidad internacional al suscribir el Tratado, cuanto porque, si se daña al patrimonio mundial no obstante ser bienes soberanos del Estado del lugar en que ellos se encuentren, también son bienes culturales y naturales que pertenecen a toda la humanidad, y por tanto si se dañan también se afectará al patrimonio de todos y cada uno de los habitantes del planeta, de los Estados Partes o no en ésta Convención, habitantes que considerados unidos, forman parte de nuestra humanidad.

6.5.3.- Principio del patrimonio común de la humanidad; porque los bienes culturales y naturales que ingresan a la lista del Patrimonio Mundial y que en consecuencia son objeto de protección por ésta convención, por voluntad de los Estados Partes se los dota de una *vestidura jurídica de bienes universales*, un bien del patrimonio mundial que se distingue de un bien del patrimonio nacional *por su valor universal excepcional*, comprometiéndose cada país al firmar el acuerdo, a velar por la buena conservación de ellos[271], y agregamos que si bien el Estado no renuncia a la soberanía de ellos, son *cuidados y administrados* pensando en la humanidad toda y también en aquella que vendrá.

Es por ésta razón que un Estado solicita proteger un bien cultural o natural y es por ésta razón también, que la comunidad internacional tiene el *deber de cooperar*, y lo hace proporcionando recursos, proponiendo directrices para una mejor conservación y realizando todo lo que esté a su alcance para impedir la destrucción total o parcial del bien cultural o natural a proteger. Es decir, el Estado sin renunciar a su soberanía, custodia el bien universal en beneficio de la humanidad, solicitando a la comunidad

[271] Texto redactado tomando como idea algunas palabras del texto del Centro Internacional para la Conservación del Patrimonio, documento disponible en, http://www.cicop.com/unesco.htm

internacional a través de un instrumento jurídico, Tratado o Convención, que se le otorgue a ese bien la *investidura jurídica* de patrimonio común de la humanidad.

6.5.4.- Finalmente destacaremos el *principio de buena vecindad y cooperación internacional*; principio que por lo demás está presente en todas las convenciones relativas a la contaminación del medio marino y por qué no decirlo en las demás convenciones ambientales *sean bilaterales, regionales o multilaterales*[272].

El principio en desarrollo destaca en éste Convenio, *no sólo en su génesis,* debiendo recordar los *antecedentes históricos* que llevaron a la conclusión de éste Tratado (el gobierno egipcio y su decisión de construir la presa de Assuán) *sino también en su preámbulo, en el que se lee*, que incumbe a la *colectividad internacional* entera, *participar* en la protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional, *prestando una asistencia colectiva* que sin reemplazar la acción del Estado interesado, *la complete eficazmente*. También se destaca en su artículo 6 parte final, en el cual, refiriéndose al patrimonio cultural y natural, expresa que los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera, *tiene el deber de cooperar*. Finalmente destacaremos su artículo 7 que dispone que para los efectos de ésta Convención *se entenderá* por *protección internacional del patrimonio mundial cultural y natural*, el establecimiento de un *sistema de cooperación y asistencia internacional* destinado a *secundar* a los Estados Partes en la Convención, en los esfuerzos que desplieguen para conservar e identificar ese patrimonio.

Manifestaciones de éste principio también se encuentran en el *principio 24 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972*, expresando que todos los

[272] Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Duran M, Ob.Cit. en nota 162; página 45.

países grandes o pequeños, deben ocuparse con *espíritu de cooperación y en pie de igualdad*, de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. *Es indispensable cooperar* mediante acuerdos bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta la soberanía y los intereses de todos los Estados.

El *principio 27 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente de 1992*, también lo recoge declarando que los Estados y las personas *deberán cooperar de buena fe* y con *espíritu de solidaridad* en la aplicación de principios consagrados en ésta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible[273].

La *obligación de buena vecindad* ya enunciada en el artículo 74 de la Carta de las Naciones Unidas, "los miembros de las Naciones Unidas convienen igualmente en que su política con respecto a los territorios a que se refiere este Capitulo, no menos que con respecto a sus territorios metropolitanos, deberá fundarse en el *principio general de la buena vecindad, teniendo debidamente en cuenta los intereses y el bienestar del resto del mundo en cuestiones de carácter social, económico y comercial*", -Carta que por lo demás está incorporada a nuestro ordenamiento interno, por tanto norma aplicable como ley de la República, como se destacó al pie más arriba- puede estar formulada en términos generales para el cumplimiento de los objetivos de un Tratado, o también puede expresarse en términos más específicos, para el cumplimiento de una

[273] Ejemplos de manifestaciones del *principio de cooperación y buena vecindad*, señalados en Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Duran M., *Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile*. Conama, Edición Marie Claude Plumer Bodin, primera edición, Santiago, Chile (2001); página 45.

obligación en particular, como lo es el caso del artículo 4 de la Convención de cambio Climático[274].

En la Declaración de Río se *aboga* por la *cooperación* para conservar, proteger y reestablecer la *salud e integridad del ecosistema de la tierra* (principio 7), por la *cooperación* para el fortalecimiento de la capacidad de los Estados para el *logro del desarrollo sustentable* (principio 9), por la *cooperación* en la *promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto al crecimiento y desarrollo sustentable* (principio 12), incluyéndose también la cooperación dispuesta en el principio 27 expresado supra. La cooperación que se impulsa -agregamos a través del soft law o de los tratados ambientales- no supone sólo una ayuda de tipo económica sino también, *una de carácter ambiental*, que tienda a prevenir los desgastes del medio ambiente[275].

7.- Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antártico

Posteriormente nuestro país suscribe en la ciudad de Canberra, Australia, el día 11 de septiembre de 1980, la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antártico[276], en adelante *CCRVMA*, que se *incorpora* a nuestro ordenamiento interno, en el *mes de octubre de 1981*. Las Partes Contratantes acuerdan la *CCRVMA*, conscientes que interesa a toda la humanidad preservar las aguas que rodean al Continente Antártico para fines pacíficos exclusivamente, como asimismo, la importancia de *salvaguardar y de proteger* la integridad del ecosistema de los mares que rodean la Antártica, a fin de de asegurar la conservación de los recursos vivos

[274] Idem.; página 45.
[275] *Marcia Andrea Allendes Castillo*, "Obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales contempladas en los tratados no suscritos por Chile: recopilación de tratados internacionales". Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Talca, (2003), Talca, Chile.
[276] La *Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos* fue promulgada por Decreto N° 662 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 24/07/81, publicándose en el Diario Oficial el día 13 de Octubre de 1981, y que en virtud en virtud de lo dispuesto en el número 17° del artículo 32 de la Constitución Política del Estado, *se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, la presente Convención*. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp473.pdf

marinos antárticos, siendo esencial para ello, la cooperación internacional y el aumento del conocimiento del ecosistema marino antártico y de sus componentes para poder basar las decisiones sobre recolección, en una sólida información científica. Así entonces, el objetivo de la presente Convención, es la conservación de los recursos vivos marinos antárticos, es decir, utilizando los propios términos de la Convención, se persigue un *uso racional* de las poblaciones de peces con aletas, moluscos, crustáceos y todas las demás especies de organismos vivos, incluidas las aves, que se encuentran al sur de la *Convergencia Antártica*, todo lo anterior para velar y proteger el complejo de relaciones de los recursos vivos marinos antárticos entre sí y con su medio físico, denominado *ecosistema marino antártico*[277].

Tanto la *CCRVMA* como el Tratado Antártico, se encuentran unidos formando junto a otros instrumentos jurídicos internacionales, el denominado *Sistema Antártico*[278]. Y se encuentran enlazados tanto desde el punto de vista de su *ámbito geográfico de aplicación,* ya que ambos parten desde un punto similar, al sur de los 60º de latitud Sur, que en el caso del Tratado Antártico se aplica a *la región e incluso a las barreras de hielo*[279], mientras que la *CCRVMA* se aplica *a los recursos vivos marinos antárticos* de las zonas situadas al sur de los 60º de latitud Sur y *a los recursos vivos marinos antárticos* de la *zona* comprendida entre *dicha latitud y la Convergencia Antártica que forman parte del ecosistema marino antártico*[280]. Para la preservación y conservación de éste ecosistema es necesario que las Partes Contratantes, sean o no Partes en el Tratado Antártico, en sus relaciones entre sí, estén vinculadas por las obligaciones

[277] Extraído de los artículos 1 y 2 de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.
[278] El Protocolo del Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, conocido como el *Protocolo de Madrid*, dispone en su artículo 1 letra e) que el Sistema del Tratado Antártico *significa*, el Tratado Antártico, las medidas en vigor según ese Tratado, sus instrumentos internacionales asociados separados en vigor y las medidas en vigor según esos instrumentos. Agregamos que los instrumentos jurídicos asociados al Sistema del Tratado Antártico se incluyen, la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas *CCFA* de 1972, la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos *CCRVMA* de 1980, las Recomendaciones y otras medidas adoptadas por las Partes Consultivas del Tratado Antártico conforme al Tratado Antártico y los demás instrumentos que las Partes Consultivas decidan incorporar.
[279] Artículo 6 del Tratado Antártico.
[280] Artículo 1 de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.

contenidas en los Artículos I y V del Tratado Antártico, es decir, *no pueden realizar ningún tipo explosión nuclear y se encuentra prohibido la eliminación de desechos radiactivos en dicha región*[281]. Creemos que sólo integrando sistemáticamente estas normas internacionales sobre medio ambiente, se logra una protección adecuada tanto a la región antártica como a los recursos marinos vivos que allí se encuentran.

De la misma manera que en el Tratado Antártico, en caso de surgir controversia entre dos o más de las Partes, concerniente a la interpretación o a la aplicación de la *CCRVMA*, las Partes en conflicto *se consultarán entre sí con el propósito de resolver la controversia* mediante negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, resolución judicial u otros medios pacíficos de su propia elección. Toda controversia de esa naturaleza, no resuelta por tales medios, será referida a la *Corte Internacional de Justicia* o se someterá a arbitraje, con el consentimiento en cada caso de todas las Partes en la controversia[282].

Finalmente agregaremos que la *CCRVMA* dispone, que nada en la presente Convención derogará los derechos y obligaciones de las Partes Contratantes en virtud de la Convención Internacional para la Caza de la Ballena y la Convención para la Conservación de Focas Antárticas[283].

8.- Convención Ramsar o Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas

8.1.- Aspectos generales, análisis del preámbulo y relevancia de los humedales

[281] Extraído del Artículo 3 de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.
[282] Artículo 25 de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.
[283] Artículo 6 de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.

La Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, en adelante *Convención Ramsar*[284], fue suscrita por nuestro país el día 2 de febrero de 1971, en la ciudad de Ramsar, Irán, e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno, en el *mes de noviembre de 1981*.

Existen 9 sitios Ramsar[285]en Chile, que abarcan en total una superficie aproximada de 159.154 ha., sitios que tienen por objeto proteger a los humedales de importancia internacional. Los humedales son *ecosistemas* que *dependen* de un *régimen acuático* durante todo el año, como los pantanos o sólo durante una temporada como lagos y

[284] La Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas, fue promulgada por Decreto N° 771 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 04/09/81, publicándose en el Diario Oficial el día 11 de noviembre de 1981, y que en virtud de la facultad del Presidente de la República conferidas por las disposiciones constitucionales 32 Nº 17 de la Constitución Política de la República, se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, la presente Convención. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp485.pdf

[285] Sitios Ramsar en Chile: *Salar de Surire, XV Región de Arica y Parinacota*. Forma parte del Monumento Natural Surire, a 4.250 metros sobre el nivel del mar, su fauna incluye camélidos y aves como ñandú, perdiz de la puna, caití, pato juarjual y tres especies de flamencos. Se caracteriza por poseer un gran número de lagunas someras, de tamaño variable y dos pequeños ríos, Surire y Blanco. Las actividades humanas incluyen pastoreo, minería del bórax (Quiborax) y turismo. Su área de protección comprende 15.858 ha.

Salar del Huasco, I Región de Tarapacá. Tal vez el más desprotegido de los sitios Ramsar en Chile, ya que no posee una categoría complementaria de protección. Ubicado a 3.800 m.s.n.m., incluye tres cuerpos principales de agua salobre, donde es posible observar un importante número de flamencos, y aguadas con vegas donde pastan camélidos. Se ubica en una ruta importante para la migración de aves. Las actividades humanas incluyen pequeños asentamientos y minería en áreas aledañas. Es un importante patrimonio natural y cultural de la región. Su área de protección comprende 6.000 ha.

Salar de Tara, II Región de Antofagasta. Forma parte de la Reserva Nacional Los Flamencos, con un área de protección de 5.400 hectáreas. En medio de un paisaje altiplánico, se caracteriza por sus vegas, ríos y lagunas salinas, que proveen de alimentos a flamencos y especies de aves costeras. Las comunidades locales realizan labores de pastoreo de camélidos y recolección de plantas para alimentación animal, combustible y medicinas. Existe riesgo potencial por faenas de extracción de yodo y litio. Su área de protección comprende 5.443 ha.

Sistema Hidrológico de Soncor, II Región de Antofagasta. Esta área, también incluida en la Reserva Nacional Los Flamencos, se caracteriza por sus lagunas salinas y su vegetación altoandina. Alberga a flamencos y sirve como área de alimentación para distintas aves costeras. El territorio circundante es utilizado para pastoreo de camélidos y como sitio turístico. Su área de protección comprende 5.016 ha.

Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa. III Región de Atacama. Forman parte del Parque Nacional Nevado Tres Cruces. La Laguna del Negro Francisco actúa como un regulador importante de los elementos bióticos y abióticos que forman la cadena ecológica de los ecosistemas andinos de la región. Existen vestigios de asentamientos prehispánicos y ocupación temprana en el área. Las actividades humanas incluyen extracción de agua para minería, caza ilegal y turismo. Su área de protección comprende 62.460 ha.

Santuario de la Naturaleza Laguna Conchalí, IV Región de Coquimbo. Este humedal es una reserva privada formada por una laguna costera salobre, y lugar importante de parada de aves migratorias. Un estero provee de agua dulce a la laguna y durante períodos de alta precipitación, la barrera litoral se inunda y la laguna se convierte en un estuario. Su área de protección es de 34 ha.

Humedal El Yali, V Región de Valparaíso. Reserva Nacional considerada el más importante humedal costero de la zona central y norte del país debido a la riqueza y abundancia de aves marinas, residentes y migratorias. Es un estuario límite entre el mar y un riachuelo de agua dulce, frecuentado por 115 especies de aves, que representan aproximadamente el 25% de la avifauna chilena. La principal amenaza consiste en la creciente urbanización de las áreas aledañas. Su área de protección comprende 520 ha.

Santuario Carlos Anwandter, XIV Región de los Ríos. Área estuarina en el tramo inferior del río Cruces, inundada luego del terremoto de 1961. El terreno semi pantanoso alberga a numerosas aves acuáticas y es zona de nidificación de una población de 3.000 –esta cifra a disminuido considerablemente a enero de 2007- individuos del cisne de cuello negro, Cygnus melancoryphus. El lugar fue el primer sitio reconocido por la convención Ramsar en el país, en 1981, y en él se ha desarrollado un completo trabajo científico y de protección. En los márgenes del sitio se desarrollan actividades de ganadería menor, turismo y el río es usado para el transporte. Su área de protección comprende 4.877 ha.

Bahía Las Lomas, XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena. Se ubica al norte de la isla de Tierra del Fuego y frente al Estrecho de Magallanes. Tiene las planicies intermareales más amplias de Chile, extendiéndose frente a una playa de 69 km. de largo y varios pantanos salinos. Se presenta una alta concentración de aves playeras migratorias de octubre a marzo. Su área de protección comprende 58.946 ha.

Datos extraídos de los siguientes sitios web:
www.dga.cl/otros/publicacioneslinea/archivos/humedales2.pdf ; www.dga.cl/otros/dgajovenes/humedales/SitiosRamsarChile2005.pdf http://www.subdere.gov.cl/1510/articles-68193_recurso_3.doc http://www.senado.cl/prontus_senado/site/extra/sesiones/pags/pags/resu/21061010203428.html

manglares. Todos los humedales comparten una propiedad primordial que es el *rol fundamental que juega el agua en el ecosistema,* en la determinación de la estructura y las funciones ecológicas del humedal. Se encuentran en todo el mundo, desde los trópicos hasta las llanuras heladas y son esenciales para el bienestar del planeta como cualquier otra zona ecológicamente equilibrada[286].

Son *zonas húmedas* que naturalmente aparecen entre los límites de zonas terrestres y acuáticas, constituyendo ecosistemas enormemente ricos en formas de vida. Cada humedal está formado por componentes físicos, químicos y biológicos, tales como suelos, agua, especies animales y vegetales. Los procesos entre estos componentes permiten que estos sitios de gran valor ambiental –humedales- *desempeñen un papel fundamental en el ciclo del agua,* ya que regulan los ciclos hidrológicos reteniendo el agua de las lluvias, recargando los acuíferos, controlando las inundaciones, depurando las aguas, ya que pueden filtrar y absorber contaminantes, y en consecuencia, al ser verdaderos vertederos y transformadores de múltiples materias biológicas, químicas y genéticas, son considerados los *riñones del planeta*. Además en otras de sus vitales funciones dice relación con el *desempeño de un papel clave para la supervivencia de las aves. La llegada del invierno al hemisferio norte inicia un extraordinario movimiento en masa, el mayor de todas las criaturas de la Tierra, la migración anual de innumerables aves que recorren inmensas distancias*[287]. Además son centros de abastecimiento y generación natural de productos como pesca, fibras y vegetales, a si como proporcionan una natural protección ante temporales, y generan un sin número de beneficios sociales, culturales y económicos, constituyendo el principal sustento de las comunidades de su entorno.

[286] Texto extraído del sitio web; http://www.unorch.cl/art_2humedal.htm
[287] Ibidem.

Si a lo anterior agregamos que hay muy poca agua dulce disponible para consumo humano, ya que, el 88% del agua del mundo es salada, el otro 12% es dulce; de ésta, el 8% está congelada, y de la que resta, el 3.9% está bajo tierra y sólo el 0.1% restante está disponible para el ser humano y que un gran porcentaje de la escasa agua disponible se encuentra en los humedales, destacará a simple vista, la enorme importancia que poseen estos ecosistemas, para la biodiversidad y para la supervivencia de los seres humanos[288].

En el norte de nuestro país, los humedales tienen una gran importancia social, cultural, ambiental y económica, ya que constituye el sustento para las comunidades altiplánicas *aymará, quechua y atacameña*.

Paradójicamente en 1981, entran en vigencia la *Convención Ramsar* y el Código de Aguas, la primera de las normas destinada a proteger humedales de importancia internacional, la segunda entre otros fines, a fortalecer la propiedad privada en el sistema de derechos de aprovechamiento de aguas, a través de incentivos de mercado, reduciendo la regulación estatal a fin de alcanzar potenciales beneficios que apuntan a una mayor eficiencia y flexibilidad en el uso del agua.

Sin embargo, el impacto de este Código *fue extremadamente negativo para los humedales andinos ubicados en el norte de Chile* -vegas y bofedales-. *Una vez más se legisló sin persona humana y sin medio ambiente, y el desarrollo económico no fue sustentable, donando sus externalidades negativas a las comunidades y su entorno*.

Las vegas y bofedales altoandinos comenzaron a secarse, con la consecuente pérdida de recursos naturales como la flora y fauna silvestre y daño a los recursos naturales -incluida el agua- *derechos ancestrales de las comunidades indígenas*; lo anterior

[288] Texto redactado en base a datos extraídos del documento *"alianza mundial para la conservación de los humedales en las zonas áridas y desertificadas: una tarea impostergable"*. Disponible en formato pdf en página web; www.dga.cl/otros/publicacioneslinea/archivos/humedales4.pdf

debido a la obtención y explotación de derechos de agua por parte de otros usos no agrícolas, *minería fundamentalmente*, que están poniendo en riesgo la sustentabilidad y la sobrevivencia de esos grupos.

Así entonces, se modifica[289] el Código de Aguas en 1992 y posteriormente en 2005, entre otros, para proteger y conservar los humedales del altiplano de las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y de Antofagasta -*regiones XV, I y II respectivamente*-, quedando por Resolución de la Dirección General de Aguas Nº 909 de 1996, identificados, delimitados y por tanto protegidos, más de 306 humedales en una superficie aproximada de 982 ha., ubicados entre las regiones indicadas[290].

Por la relevancia e importancia de los humedales indicada, ya en 1971, se acuerda la *Convención de Ramsar*, para proteger éste recurso gran valor económico, cultural, científico y recreativo, *cuya pérdida sería irreparable*. Y es así, que las Partes Contratantes, reconociendo la evidente interdependencia entre el hombre y su medio ambiente, se obligan internacionalmente a impedir las progresivas intrusiones en y pérdida de humedales, a través de políticas nacionales previsoras, unida a una *acción internacional coordinada*, en beneficio del medio ambiente y de las futuras generaciones[291].

---

[289] El artículo 58 inciso 5° del Código de Aguas dispone que: "*no se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta*, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas". Modificación introducida por el Art.1° ley 19145, publicada en el Diario Oficial el día 25.06.1992.
El artículo 63 inciso 2° del Código de Aguas dispone que: "la declaración de una zona de prohibición dará origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella". Modificación introducida por el artículo 1º Nº 6 de la ley 20017, publicada en el Diario Oficial el día 16.06.2005.
El artículo 63 inciso 3° del Código de Aguas dispone que: "las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas". Modificación introducida por el artículo 2° de la ley 19145, publicada en el Diario oficial el día 25.06.1992.

[290] Texto redactado en base a datos extraídos del documento "*protección de humedales (vegas y bofedales) en el Norte de Chile"*. Disponible en formato pdf en página web; www.aprchile.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=387

[291] Texto redactado en base al Preámbulo de la *Convención de Ramsar*.

8.2.- Análisis normativo de la Convención Ramsar

La *Convención Ramsar* define en su artículo 1° lo que entiende por humedales[292] y agrega que a los efectos de la presente Convención, *son aves acuáticas* las que dependen ecológicamente de ellos. En el artículo 2° punto 1 señala que los límites de cada humedal *podrán comprender sus zonas ribereñas o costeras adyacentes, así como las islas o extensiones de agua marina de una profundidad superior a los seis metros en marea baja, cuando se encuentren dentro del humedal, y especialmente cuando tengan importancia como hábitat de aves acuáticas*. De esta manera, acorde con la definición de humedales y lo que puede comprender, cada Parte Contratante *debe designar humedales idóneos de su territorio* para ser incluidos en la Lista de Humedales de Importancia Internacional, y ésta selección *no es al azar* sino que debe basarse en la *importancia internacional* de los humedales, en términos *ecológicos, botánicos, zoológicos, limnológicos*[293] *o hidrológicos*. Es así, que desde 1981 se han declarado varios sitios Ramsar en Chile, siendo el primero de ellos el *Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter,* en él que se ha desarrollado un completo trabajo científico y de protección.

Sin embargo, desde el comienzo del funcionamiento de la *Planta de Celulosa* ubicada en la comuna de *San José de la Mariquina, la avifauna del Santuario se ha visto seriamente afectada, en especial la especie cuya denominación común es Cisne de*

[292] Artículo 1° de la Convención de Ramsar señala que: A los efectos de la presente Convención son *humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros.*

[293] *Limnología*: estudio científico de los lagos y lagunas. Biología de las aguas dulces, en general, y estudio de los factores no bióticos de ella. *Biótico*: característicos de los seres vivos o que se refiere a ellos. Relativo o perteneciente a la biota. *Biota*: conjunto de la flora y fauna de una región. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición (2001).
Limnología: ciencia que estudia los lagos, considerándolos como biotopos, y todos los organismos vivientes que los pueblan (biocenosis). Es una ciencia de síntesis, centrada en el estudio de los factores de tipo geográfico, geológico, físico, químico y biótico que actúan juntos en un lago y son interdependientes. *Biotopo*: unidad ambiental ocupada por una comunidad de organismos o biocenosis cuyas condiciones de hábitat son relativamente uniformes. Corresponde a la parte abiótica de un ecosistema (formado por biocenosis, parte biótica y biotopo). La voz biotopo se emplea para describir tanto un área determinada en particular como los tipos de áreas con características semejantes. La delimitación del biotopo resulta muy clara cuando existe un cambio brusco en las condiciones ambientales, como el límite entre el agua de un lago y la tierra firme, pero ofrece muchas dificultades cuando estas condiciones varían gradualmente. *Biocenosis*: conjunto de organismos de diferentes especies, propio de un ecosistema, que viven condicionándose mutuamente y ocupando un territorio definido o biotopo. Estas comunidades comprenden organismos productores, consumidores, reductores y transformadores. La Enciclopedia, Salvat editores S. A., Madrid, España (2004).

Cuello Negro[294]. Su alimento básico denominado comúnmente *luchecillo*, ha desaparecido a pasos agigantados, a causa, entre otras, atribuibles a las descarga de residuos líquidos industriales que efectúa la Planta de celulosa al río Cruces; río que por lo demás, alimenta al Santuario un par de kilómetros más abajo.

La *Convención Ramsar* en su artículo 2 punto 6 se refiere a las *responsabilidades internacionales que asumen* las Partes Contratantes en la *conservación, gestión y uso racional* de las poblaciones migratorias de aves acuáticas, tanto al designar humedales de su territorio para su inclusión en la Lista, como al ejercer su derecho a modificar sus inscripciones previas.

En su artículo 3 punto 1 se lee que las Partes Contratantes deberán elaborar y aplicar su planificación de forma que *favorezca la conservación de los humedales* incluidos en la Lista y, *en la medida de lo posible*, el *uso racional de los humedales de su territorio* y en su punto 2 agrega que cada Parte *tomará las medidas necesarias para informarse lo antes posible acerca de las modificaciones de las condiciones ecológicas de los humedales en su territorio e incluidos en la Lista, y que se hayan producido o puedan producirse como consecuencia del desarrollo tecnológico, de la contaminación o de cualquier otra intervención del hombre*.

En el artículo 4 las Partes *se obligan a fomentar* la *conservación* de los humedales y de las aves acuáticas creando reservas naturales en aquéllos, *estén o no incluidos en la*

[294] Estudio revela que el 80% de especies en el río Cruces ha visto mermada su población.
A casi un año de que se conociera la crisis ambiental por la muerte de cisnes de cuello negro en el *Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter de Valdivia*, las cifras apuntan a que la situación no está mejor en el humedal: *25 de las 31 especies que habitan en la reserva han disminuido su población desde 1999 hasta el verano de 2005.*
La explicación que dan científicos a este hecho es que *las descargas de la planta Celco aún incidirían en los cambios ambientales de la zona*, causando *la muerte del luchecillo*, principal alimento de las aves, lo que lleva a su deceso o migración.
Para el director del Instituto de Zoología de la Universidad Austral de Chile, *Roberto Schlatter, la situación ha ido empeorando*, pues en el año pasado -2004- murieron 300 cisnes, y la cifra aumentó paulatinamente en el 2005. Otro dato de la CONAF señala que la población de la *Tagua* también ha disminuido: *en enero alcanzaba los 4.980 ejemplares, cifra que llegó a 529 durante mayo*.
El zoólogo de la Universidad Austral de Chile, *Eduardo Jaramillo*, asegura que hace ocho años vive en el santuario y que *nunca había visto el agua del color marrón que tiene ahora*. Otra de las molestias era el fuerte olor a azufre que venía de la planta, el que ha disminuido. Agrega que si las fuentes de contaminación persisten en el sector, la calidad del agua contendrá componentes tóxicos que afectan a animales y humanos.
El botánico de la Universidad Austral de Chile, *Carlos Ramírez*, sostuvo que dicha planta –luchecillo- se ha reducido en un 95% y, de acuerdo con los registros históricos, nunca se había visto una disminución así en el Santuario.
El científico agrega que otro dato relevante, pues se detectó que el luchecillo también está muriendo en los ríos Calle Calle y Valdivia. Agrega que las cosas han ido empeorando y todavía es complejo recuperar el Santuario.
Texto extraído de la página web; http://www.unorch.cl/noticia_2.htm

Lista, y la *investigación y el intercambio* de datos y de publicaciones relativos a los humedales y a su flora y fauna, como también la *formación de* personal para el estudio, gestión y custodia de los humedales; *se obligan a compensar* la *pérdida de recursos de humedales* y, en particular, crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una porción adecuada de su hábitat original, en la misma región o en otro lugar, cuando por *motivos urgentes de interés nacional* se los retire de la Lista o reduzca los límites de un humedal incluido en ella; y *obligándose finalmente a aumentar* las poblaciones de aves acuáticas mediante la gestión de los *humedales idóneos*.

De los artículos destacados se desprende que las Partes se han *obligado internacionalmente* a conservar, proteger, investigar, informar y *usar racionalmente los humedales*, como también *adoptar las medidas necesarias* ante las modificaciones de las condiciones ecológicas de los humedales que *se hayan producido o puedan producirse como consecuencia del desarrollo tecnológico, de la contaminación o de cualquier otra intervención del hombre*.

Si estos objetivos perseguidos por la *Convención Ramsar* unidos al objeto que persiguen en común todos los Tratados sobre el Medio Ambiente, que no hacen más que evidenciar que estamos en presencia de Tratados que versan sobre Derechos Humanos, y en consecuencia, la interpretación finalista que debe plasmar el intérprete en su proceso hermenéutico; con lo que ocurrió en la práctica, desde la *insólita resolución* que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental por la *Corema de la X región*, autorizando la eliminación de los *residuos líquidos industriales* de la Planta al Santuario Ramsar; pasando por la *acertada* sentencia definitiva de primera instancia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valdivia acogiendo el recurso de protección basado en el artículo 19 Nº 8, presentado por los recurrentes a fin de que

sea protegido el medio ambiente en el que se encuentra el Santuario Ramsar; luego el *incomprensible rechazo* posterior del mismo recurso por la Corte Suprema basado en la extemporaneidad del plazo para presentar el recurso; *nos lleva imperiosamente a recordar lo siguiente*.

8.3- *A nuestros órganos del Estado y en especial a nuestros órganos jurisdiccionales*.

8.3.1.- Prevalencia del Tratado sobre la Ley

Un Estado al *concluir* un Tratado Internacional además de manifestar de buena fe a través de su voluntad libre y consentida de cumplir lo pactado, asume una vez aprobado y ratificado por los órganos competentes, *obligaciones*[295] *internacionales*, que transforman en verdaderas normas vinculantes a estos principios generales del derecho internacional, que para muchos autores son normas ius cogens –principios pacta sunt servanda, buena fe y libre consentimiento-. Así entonces, se *compromete el honor y soberanía del Estado* al obligarse a aplicar una norma internacional incorporada, con lo que el Estado unilateralmente *no podría quitarle aplicabilidad y eficacia jurídica a un Tratado*.

Al incorporarse un Tratado se establece un *ámbito de contenido normativo intangible* para el *legislador*[296] y el *constituyente derivado*[297], salvo que recurra a su denuncia[298] o

[295] El termino obligación lo entenderemos en su voz etimológica derivada del latín; ob-ligare, ob-ligatus, cuya idea central es atadura, ligadura. Rene Abeliuk Manasevich, *las obligaciones*, Tomo I, 4° edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile (2005); página 31. Así entonces, entenderemos por *obligación internacional*, aquella manifestación de voluntad libre y consentida de un Estado soberano, *que lo liga a lo acordado o pactado con otro u otros Estados o sujetos de derecho internacional*, cuya inobservancia compromete su responsabilidad internacional.

[296] Al decir legislador hacemos referencia a los órganos co-legisladores que consagra nuestra Carta Fundamental, es decir, El Presidente de la República y el Congreso Nacional.

[297] *Poder constituyente*, es aquel que tiene la capacidad de crear o modificar la Constitución. *Poder constituyente derivado* es aquel que tiene por objeto reformar o modificar la Constitución.

[298] La *denuncia* es la notificación que hace una parte en un tratado bilateral a la otra parte contratante expresándole su voluntad de poner fin al tratado. En los tratados multilaterales la denuncia (llamada *retiro)* expresa la voluntad de una de las partes a todas las demás de *retirarse* del régimen del tratado. La denuncia o el retiro deben hacerse en conformidad a las cláusulas del tratado. La *abrogación o mutuo consentimiento de todas las partes* opera cuando es necesario el consentimiento de todas las partes dejándose de ésta manera sin efecto el anterior. Los tratados aunque hayan sido celebrados con carácter permanente, o a plazo, estando éste aún pendiente, pueden ser disueltos por mutuo consentimiento, *en cualquier momento*. También puede ponerse término a un tratado si otro posterior le pone fin implícitamente. Tanto la denuncia, el retiro y el mutuo consentimiento son causales de terminación del Tratado que exime a las partes de seguir cumpliéndolo, pero esta terminación no afecta los derechos ni las situaciones jurídicas

a la pérdida de vigencia de él, todo ello conforme a las reglas de derecho internacional, sin perjuicio de que el contenido de los Tratados *referentes a derechos esenciales* o derechos humanos constituye un límite a la soberanía del Estado, tal como lo establece el artículo 5° inciso 2° de la Constitución[299], y en éste sentido, si las normas que contiene un Tratado *son derechos esenciales de la persona humana, una vez reconocidos y garantizados ya no pueden desconocerse*, y la actuación en contrario a ellos, *constituye un acto nulo* que origina las consiguientes responsabilidades jurídicas, como se deduce de la interpretación armónica de los artículos 5° inciso segundo, 6° y 7° de la Constitución. Todo ello no es más que consecuencia del ejercicio de la soberanía de acuerdo con las normas constitucionales previstas al efecto *por el constituyente originario*[300]*, que es el que determina la idea de derecho válida que defiende la Constitución*[301].

El respeto del Estado de Chile *y de todos sus órganos* a los Tratados válidamente celebrados *es condición indispensable para su mejor inserción en la comunidad internacional de naciones civilizadas* y constituye una *garantía para su propia seguridad como nación y su respeto como tal entre los Estados constitucionales y democráticos de derecho*[302]. La consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna, se deriva del *principio de buena fe* y de cumplimiento de los compromisos adquiridos, *principio pacta sunt servanda*, que

creados por la ejecución del tratado antes de su terminación. No hay que confundir la terminación con la nulidad de un tratado. Un Estado no puede declarar la nulidad de un tratado por sí y ante sí; sólo puede *invocar* esta nulidad. Corresponde a las partes mismas, actuando de común acuerdo, o a un tribunal u órgano competente, comprobar o declarar esta nulidad. Un tratado es nulo y carece de fuerza jurídica si está afectado por un vicio incurrido en el momento de su celebración. Una vez que la nulidad ha sido reconocida o declarada, el tratado es considerado nulo *ab initio*. La terminación, en cambio, *supone un tratado válido cuyos efectos cesan para el futuro*, por un hecho sobreviviente. La nulidad de los tratados es rara y excepcional, en tanto que su terminación es frecuente y normal en las relaciones internacionales. Hugo Llanos Mansilla, *teoría y práctica de derecho internacional público*. Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 2ª ed., Santiago (1990**),** página 277 y siguientes.

[299] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161, página 344.

[300] *Poder constituyente originario* es la capacidad del pueblo de darse una Constitución. *Los poderes constituidos* son aquellos que actúan en nombre y representación del pueblo, ya que el pueblo los constituye (los poderes públicos). *Los poderes derivados* son aquellos que derivan sus atribuciones del poder constituyente originario radicado en el pueblo.

[301] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 346.

[302] Ibidem.

constituyen principios de ius cogens[303] recogidos por la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*[304]*y su Anexo de 1969, en adelante Convención de Viena*, y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, *constituyendo una limitación en el ordenamiento jurídico a todos los operadores jurídicos internos*[305].

La prevalencia del derecho interno sobre las normas de derecho internacional válidamente incorporado, por más que se haga efectiva- lo que no implica que se haga válida- constituye una *violación de normas internacionales incorporadas* y, por ello, *una trasgresión al derecho interno y a la Constitución; un debilitamiento del Estado de Derecho, y una afectación a la seguridad nacional como del honor del Estado de Chile*[306].

Unido a lo anterior, debemos expresar que la reforma constitucional de 2005 introdujo modificaciones de importancia en materia de *Tratados Internacionales*. Es así que se lee en el artículo 54 Nº 1 párrafo 1° que los tratados internacionales *"se someterán en lo pertinente a los trámites de una ley"*.

La expresión *en lo pertinente*, explicita lo que parte importante de la doctrina venía sosteniendo, como asimismo ya había asumido el *Tribunal Constitucional*[307], en el

---

[303] La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, dispone en su artículo 53 que es nulo todo Tratado que, *en el momento de su celebración*, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (Jus Cogens). Para los efectos de la presente Convención, "*una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*".

[304]La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su Anexo fue suscrita en la ciudad de Viena, Austria, el día 23 de mayo de 1969. Fue promulgada mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 381 de 05/05/81, publicándose en el Diario Oficial el día 22 de junio de 1981; y que en uso de la facultad que confiere el artículo 5° del Decreto Ley N° 247 de 17 de Enero de 1974, se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, la presente Convención.

[305] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 348.

[306] Idem.; página 349.

[307] Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 288 de 24/06/99 -*Requerimiento* formulado por diversos Senadores para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del acuerdo entre la república de Chile y la república de Argentina para precisar el recorrido del límite desde el monte *Fitz Roy* hasta el cerro *Daudet*, como asimismo del artículo I de dicho acuerdo- En el *considerando 5°, el Tribunal se pregunta* si la oportunidad que se determina en el inciso cuarto del artículo 82 (actualmente modificado por la reforma de 2005; "el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, *siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley, para promover la cuestión de constitucionalidad*")- *¿es aplicable también a los tratados o ella sólo se refiere a la ley*?
Entonces partiendo de ésta base, el Tribunal a través de los considerandos siguientes, expresa en el *considerando 15°* "Que, descartada, por las razones señaladas, la posibilidad de aplicar la normativa válida para las leyes, este Tribunal concluye que tratándose de los Tratados Internacionales el *Requerimiento* sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso"- Eso si que se debe destacar que para arribar a ésta conclusión el Tribunal en los considerandos anteriores, *distinguió entre ley y tratados internacionales*. Es así que en el considerando 6° el Tribunal señala que *el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes*. En tal sentido, entre algunos de los preceptos que *decantan la distinción anotada*, se encuentra el artículo 5º que alude a *Constitución y Tratados Internacionales*; el artículo 50 que habla de *someter la aprobación de los tratados a*

sentido que *un Tratado no es una ley, ni tiene jerarquía de ley*, ya que el Tratado es una norma de derecho internacional, expresión de la voluntad de dos o más Estados u organismos internacionales o supranacionales, *a diferencia de la ley*, que es la expresión de la *voluntad unilateral* de los *órganos colegisladores de un Estado*. Además se debe destacar que el Tratado *no es generado por una fuente de derecho interna*, sino por fuente internacional, *por tanto su validez y vigencia se rigen por normas de derecho internacional*. Por ello, el Tratado requiere la *aprobación* del Congreso Nacional y la *ratificación* del Presidente de la República, *sólo* para su incorporación al derecho interno, y una vez aprobado y ratificado *genera inmediatamente* las obligaciones internacionales pertinentes para el Estado, y si tales Tratados están vigentes en el *Derecho Internacional*[308], *ellos pasan a ser derecho interno sin dejar de ser derecho internacional*, pero a diferencia de las normas generadas por fuente interna *-como una ley- no son susceptibles de derogación por voluntad unilateral del Estado*, teniendo aplicación preferente sobre el derecho interno de acuerdo a lo que el Estado ha consentido libre y voluntariamente. Dicha perspectiva fue *expresamente asumida* por el gobierno y los diversos sectores representados en el Senado en el primer trámite Constitucional de ésta reforma constitucional[309].

Es más, se debe destacar que el acto en el cual el Estado Chileno se compromete a cumplir con las obligaciones que derivan del Tratado ante la comunidad internacional y desde el cual *se genera responsabilidad internacional* para nuestro Estado es en el

---

los trámites de la ley y el articulo 82 Nº 2º, en estudio, que *distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile *citada al pie* por Humberto Nogueira Alcalá, *aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de Tratados Internacionales.* La Constitución Reformada de 2005, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, Chile, diciembre (2005); pág. 385.

[308] Derecho Internacional es el nombre dado al conjunto de reglas consuetudinarias o convenidas en tratados considerados con fuerza jurídica obligatoria por todos los Estados en sus relaciones mutuas. Para Oppenheim; Hildebrando accioly, *es el conjunto de principios o reglas destinados a regir los derechos y deberes internacionales, tanto de los Estados o de otros organismos internacionales, como de los individuos*. Hugo Llanos Mansilla, *teoría y práctica de derecho internacional público.* Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 2ª ed., Santiago (1990), página 19.

[309] La Constitución Reformada de 2005, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Librotecnia, primera edición diciembre (2005), Santiago, Chile, artículo de Humberto Nogueira Alcalá, *aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de Tratados Internacionales*, pág. 384 y 385.

momento en que se concreta la *ratificación*[310], cuya decisión corresponde *discrecionalmente*, sin que existan limitaciones temporales al Presidente de la República como conductor de las relaciones internacionales del Estado[311].

Si junto con lo anterior, se lee lo que el párrafo 5° del artículo 54 Nº 1 de la Carta Fundamental dispone: "*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*[312]", se apreciará que la modificación introducida por la reforma de 2005, *no deja lugar a dudas*, sobre la voluntad del Estado Chileno *de hacer efectivas las obligaciones de ius cogens* de *cumplir de buena fe* las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como asimismo *la obligación de no oponer obstáculos* de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales voluntaria y libremente aceptada. Reiterando entonces, que el Tratado sólo puede ser derogado, modificado o suspendido en la forma prevista en él o en las normas generales de derecho internacional, mediante la modificación introducida por la reforma de 2005 en materia de tratados internacionales, *se pone fin a la equivalencia* que para algunos existía entre *ley y Tratado*, ya que en lo sucesivo una ley posterior no podrá derogar, modificar o suspender las disposiciones de un Tratado, puesto que *éste tiene supremacía sobre la ley*[313].

---

[310] La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que en su *artículo 2 sobre términos empleados*, señala en su *punto 1* que para los efectos de la presente Convención; *letra b)* se entiende por *ratificación*, *aceptación*, *aprobación* y *adhesión*, según el caso, *el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.* En este mismo sentido la entiende el Tribunal Constitucional en su Sentencia Rol N° 288 de 24/06/99 que en su considerando 9º expresa:"Que, la *ratificación* es una institución propia del derecho internacional que en la letra b), del artículo 2º, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se define como la *aceptación*, *aprobación* y *adhesión*, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse a un tratado".

[311] La Constitución Reformada de 2005, Ob.Cit. en nota 309; artículo de Humberto Nogueira Alcalá, *aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de Tratados Internacionales*, pág. 386.

[312] En este mismo sentido se había referido antes *Luís Cosculluela Montaner* en *Manual de Derecho Administrativo*: "los Tratados tienen un valor superior a cualquier norma de derecho interno, incluida la ley…la aplicación preferente, incluso respecto de las leyes, se traduce en la previsión constitucional de que sus disposiciones no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas, sino en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional". *Citado al pie* por Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 350.

[313] La Constitución Reformada de 2005, Ob.Cit. en nota 309; artículo de Hugo Llanos Mansilla, *los tratados y la reforma constitucional*; página 375.

Se debe destacar que la resistencia de los Tratados frente a la ley o el *principio de intangibilidad de los Tratados*, hace que éstos últimos *ocupen una posición superior a la ley*, construyendo un escalafón supralegal[314]

Y si a todo lo anterior agregamos que, conforme al inciso 10° del artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental[315], el legislador deberá dar "*la debida publicidad a hechos que digan relación con el Tratado Internacional, tales como su entrada en vigor*…"; se apreciará entonces que éste precepto *no establece como un requisito constitucional la publicación del Tratado en el Diario Oficial*, por lo cual, los órganos jurisdiccionales *no podrán considerar dicha publicación como la etapa de vigencia del Tratado en el derecho interno*, debiendo el legislador regular la materia. Así entonces el *concepto de debida publicidad puede cumplirse de diversas formas* que el legislador deberá determinar para dar a conocer a la ciudadanía, organismos y órganos estatales todos los elementos que revistan valor jurídico y consecuencias jurídicas respecto de los Tratados adoptadas por las autoridades estatales, todo ello, ajustado a los principios y obligaciones derivadas de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

Conforme a lo anterior, incluso ya no es aceptable que un *Estado de Derecho* como el nuestro, *por su propia omisión formal de publicación del Tratado*, impida la aplicación por los Tribunales nacionales de las normas en materia de derechos que contenga el Tratado[316], así entonces los futuros Tratados y en particular los Tratados sobre Derechos Humanos, en los que comprendemos los Tratados sobre el Medio Ambiente, una vez ratificados serán aplicables en nuestro derecho interno, pues como nos recuerda el *profesor Nogueira* a propósito del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no puede suceder más en nuestro país que un Tratado ratificado y vigente que genere

[314] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 350.
[315] Inciso 10° del artículo 54 N° 1 dispone que: "De conformidad a lo establecido en la ley, *deberá darse debida publicidad* a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo".
[316] La Constitución Reformada de 2005, Ob.Cit. en nota 309; artículo de Humberto Nogueira Alcalá, *aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados Constitucionales*, página 390.

obligaciones y responsabilidad internacional, por el sólo hecho de la *ausencia de publicación* en el Diario Oficial, *no pueda ser invocada* por las personas en defensa de sus derechos e intereses, como *sucedió durante el régimen autoritario militar* con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[317].

En consecuencia el *profesor Nogueira* sugiere el siguiente enunciado legal: "los tratados o convenciones internacionales *son obligatorias* para el *Estado Chileno desde su ratificación y vigencia internacionales, rigiendo desde tal momento todos los derechos que ellas crean a favor de las personas*. No obstante, los Tratados o convenciones internacionales *sólo generarán obligaciones internacionales para las personas desde su publicación en el Diario Oficial*, la que deberá realizarse en su integridad dentro del plazo de 5 días desde la completa tramitación de su ratificación o adhesión por parte del Estado de Chile"[318].

8.3.2.- Referencia a los principios generales de derecho internacional contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Recordaremos además que Chile al aprobar la *Convención de Viena*, lo hizo haciendo *hincapié* en que nuestra República declara su *adhesión* al principio general de la *Inmutabilidad de los Tratados*, lo que unido a las *reservas*[319]-[320] que cristaliza nuestro

[317] Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile N° 288 de 24/06/99 que en su considerando 12º se lee: "Que, en tal sentido, constituye un ejemplo expresivo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *aprobado* durante el Gobierno de Eduardo Frei Montalva, el 16 de diciembre de 1966; *ratificado* en el Gobierno de *Salvador Allende Gossens*, el 10 de febrero de 1972; *promulgado* por Decreto Supremo Nº 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el Gobierno de *Augusto Pinochet Ugarte*, el 30 de noviembre de 1976, y finalmente, *publicado* en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989".

[318] La Constitución Reformada de 2005, Ob.Cit. en nota 309; artículo de Humberto Nogueira Alcalá, *aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados Constitucionales*, página 390.

[319] Nuestro país depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas el Instrumento de Ratificación de la *Convención de Viena* con las siguientes *reservas* en materia de *Cambio Fundamental de las Circunstancias, en particular, apartados 1 y 3 del artículo 62 de la Convención (relativas a la posibilidad* alegarse estas circunstancias como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, si la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado y ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado; o bien para alegar ese cambio de circunstancias como causa para suspender la aplicación del tratado). Luego nuestro país formula *objeción a las reservas* que se hayan efectuado o se efectuaren en el futuro *al apartado 2° del artículo 62* de la Convención y que dice relación con que un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él, si el tratado establece una frontera; o si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado. Por tanto, se aprecia a simple lectura que nuestro país, privilegia en materia internacional el respeto por el principio de la intangibilidad de los tratados.

país en el mismo acto, no hace más que destacar "que los órganos constituidos[321] y el poder constituyente derivado *carecen constitucionalmente de competencia* para modificar o derogar los Tratados de derecho humanitario internacional, como los Tratados de derechos humanos, *en virtud del principio de la intangibilidad de los Tratados reconocidos por el constituyente,* a través de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución[322]".

Además agregaremos que en el *Preámbulo* de la *Convención de Viena* se *advierte* que los principios del *Libre Consentimiento* y de la *Buena Fe* y la norma *Pacta Sunt Servanda o lo pactado obliga,* están *universalmente reconocidos,* y lo destaca el preámbulo no por mero capricho o redundancia, sino para recalcar a las Partes que tales principios son además *normas ius cogens*, normas básicas y superior a la voluntad de los sujetos.

8.3.3.- Normas ius cogens y principios generales de derecho internacional

Esta idea de sustraer algunas normas que se estiman esenciales, de la autonomía de la voluntad de las Partes, *es antigua*. En derecho interno se sostiene que estas normas pertenecen al orden público, sin embargo, la conceptualización de éstas normas de orden público o ius cogens en la sociedad internacional, es relativamente nueva. En el siglo XIX y primeras décadas del siglo XX prevaleció sin contrapeso, en el Derecho internacional, la *Escuela Voluntarista*, que según sus postulados el Estado era soberano para vincularse por Tratados y éstos podían tener el contenido que acordaren las Partes, cualquiera que éste fuere; pues para ellos todo derecho era *ius dispositivum,* del cual los Estados podían desprenderse si acordaban otra cosa. Como consecuencia de éstos

[320] La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, en su artículo 2 letra d) entiende por *reserva* una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, *con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado*.

[321] Los *poderes constituidos* son aquellos que actúan en nombre y representación del pueblo, ya que el pueblo los constituye (los poderes públicos).

[322] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 364.

postulados voluntaristas, los derechos humanos fueron concebidos como *un asunto propio de la jurisdicción doméstica de los Estados*, respecto de los cuales regía absolutamente el *principio de la no intervención*[323].

Sin embargo ésta concepción empieza a cambiar con *Alfred Verdross*, en 1937, postulando con vigor que los Tratados Internacionales *no pueden tener cualquier contenido*, por tanto aquellos que vayan en contra de ciertas normas esenciales, *adolecerán de objeto ilícito*. Esta doctrina Internacional surge como reacción ante la violación de normas básicas de una sociedad civilizada, por parte de los regímenes totalitarios de Europa, cambio doctrinal que se acentúa después de la segunda guerra mundial, al comprobarse la magnitud de la masacre producida por el *gobierno nacionalsocialista alemán,* lo que significó la constitución del Tribunal Militar de Nüremberg y más tarde de las Naciones Unidas, que en 1948 acuerda la Declaración Universal de Derechos Humanos[324].

8.3.4.- Características de las normas de ius cogens

La inclusión del ius cogens en textos de derecho positivo, se produce en la *Convención de Viena*, a propósito de la nulidad de un Tratado contrario a una norma ius cogens. Tales normas se caracterizan por que son imperativas o perentorias, no admiten excepción alguna, ni siquiera por medio de los acuerdos de los Estados soberanos, pertenecen al derecho internacional general, se encuentran reconocidas y aceptadas por la comunidad de Estados en su conjunto y sólo puede ser modificada por otra norma de la misma jerarquía y fuerza vinculante.

En síntesis reúne los siguientes elementos; *imperatividad*, es decir, su cumplimiento es inexorable por la naturaleza de su objeto -por ejemplo aquellas normas contenidas en

[323] Claudio Marcelo Troncoso Repetto, *la norma del ius cogens aplicada a los derechos*. Revista Ciencias Sociales, Derecho y Sociedad, N° 1 mayo-junio (1988); página 72 y 73.
[324] Idem.; página 73.

Tratados que prohíben la esclavitud, el genocidio, el tráfico de menores, la contaminación química o radiactiva de los mares, etc.- y no por el hecho de no admitir acuerdo en contrario; *universalidad*, por lo que *requiere un doble consentimiento*, ya que primero deberá aprobarse una norma de derecho internacional general y segundo se deberá consentir en que ella es imperativa a la comunidad internacional de los Estados en su conjunto- no exigiéndose unanimidad por parte de la comisión de derecho internacional-; y *mutabilidad*, esto es, que puede ser cambiada por otra norma de la misma naturaleza,- por otra norma ius cogens- lo que le otorga un *carácter dinámico y útil* para adecuarse a la realidad social. La esencia del ius cogens reside entonces, *en un conjunto de valores muy preciados para la humanidad*, por ello se las considera de categoría superior a las demás normas-dispositivas-, de manera tal, que respecto a ellas, se limita la autonomía de la voluntad de los Estados[325].

Así entonces, en el estadio actual de desarrollo de la sociedad internacional que se ha caracterizado por una creciente integración e interdependencia entre la comunidad de Estados, basándose en normas mínimas o conjunto de valores fundamentales -ius cogens- para el buen funcionamiento de ella, se ha perseguido *limitar el poder del Estado*, pero no al interior de su respectivo territorio como lo ha limitado el constitucionalismo clásico, sino que limitándolo ahora en el campo internacional. A través de ello, se entiende que cada nación no es un ente aislado en el mundo, sino que parte integrante de la comunidad internacional y por tanto debe respetar éste conjunto de valores que forman parte del orden público internacional[326].

No obstante lo anterior, -creemos que- debemos apuntar que en el ejercicio de la soberanía de un Estado como el nuestro, no es que por una parte, las normas ius cogens

[325] Idem.; página 73 y 74.
[326] Idem.; página 82 y 83.

limiten el ejercicio de la soberanía externa de un Estado, restringiendo su autonomía de voluntad al concluir un Tratado, y por otra, los derechos esenciales limiten su ejercicio interno, sino que ambos,-normas ius cogens y derechos esenciales-, *forman un todo*, o si se quiere son las caras de una misma moneda, *limitando conjuntamente y al mismo tiempo*, ya sea en el plano nacional o internacional, el ejercicio de su soberanía, que debe restringirse por mandato de la propia nación –o si se quiere de su pueblo- conforme al artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, a fin de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que a juicio de numerosos autores y el nuestro también, son evidentemente normas ius cogens, como se destacará a continuación.

8.3.5.- Derechos humanos como *norma ius cogens*

Para *Alfred Verdross* todas las reglas de derecho internacional general, creadas para un propósito humanitario, verbigracia, convenciones contra la esclavitud o todo tipo de servidumbre humana, tortura, genocidio, trata de blancas, tráfico de niños o de sus órganos, derechos de prisioneros de guerra, en fin consideraciones elementales de humanidad –*reglas que no son creadas en interés de los Estados individuales, sino en interés de la humanidad en su conjunto*- pertenecen a la categoría de ius cogens.

Incluso para varios autores -como veremos más adelante-, estos derechos esenciales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, son reconocidos por el derecho internacional general, eso sí, que a juicio de *Verdross*, no todos los derechos humanos proclamados en ella, son normas ius cogens.

No obstante lo anterior, considera que una abierta y permanente violación de los derechos fundamentales, es una violación a la Carta de las Naciones Unidas -Carta que por lo demás en virtud de la ley 8.402 de 1945, se dispone cumplir y llevar a efecto

como ley de la república-, porque los Estados, en virtud del artículo 56, están *obligados a cooperar* para el logro de los propósitos establecidos en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas[327], que entre los principios allí indicados se encuentra el *respeto universal por, y la observancia de, los derechos humanos y libertades fundamentales* sin distinción de raza, sexo idioma o religión[328].

Para otro autor, *Mac Dugar,* la declaración universal de los derechos humanos es aclamada hoy por haber promulgado normas jurídicas consuetudinarias con atributos de ius cogens[329]. En concepto de *Ago,* forman parte del ius cogens las normas fundamentales de carácter humanitario -prohibición de genocidio, de la esclavitud, de la discriminación racial- y la protección de los derechos esenciales de la persona humana en tiempo de paz y en tiempo de guerra[330].

8.3.6.- Alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las normas de ius cogens

Según E. Suy, para determinar si los derechos humanos entran en la categoría de ius cogens, se debe seguir los siguientes criterios: "preguntarnos si es concebible que dos Estados concluyan un acuerdo derogatorio de los derechos humanos y mirar atentamente los textos oficiales, según permitan o no a los Estados Partes en un Tratado a derogar entre sí alguna de las cláusulas. De manera que en el evento que lo permitan, se trataría de ius dispositivum y en caso contrario de ius cogens"[331].

[327] El artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que: "con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:
a. Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
c. El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".
[328] Claudio Marcelo Troncoso Repetto, Ob.cit. en nota 323; página 74 y 75.
[329] Citado por Antonio Gómez Robledo, *el ius cogens internacional*. Claudio Marcelo Troncoso Repetto; página 75.
[330] Citado por Antonio Gómez Robledo, *el ius cogens internacional*. Claudio Marcelo Troncoso Repetto; página 75.
[331] Citado por Antonio Gómez Robledo, *el ius cogens internacional*. Claudio Marcelo Troncoso Repetto; página 75.

Así entonces conforme al artículo 4° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos[332] existirán derechos que se pueden suspender *en casos en que peligra la vida de la Nación*, y aquellos que en ningún caso admiten suspensión, por señalarlo expresamente el Pacto, verbigracia, en caso en que una persona sea sometida a torturas o penas crueles; esclavitud o servidumbre; encarcelada por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual; condenada por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos; que no se les reconozca su personalidad jurídica, o su libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Junto a lo anterior, creemos que se debe tener presente que el artículo 5° del Pacto[333] dispone que ninguna de sus partes puede ser interpretada para realizar actos encaminados a vulnerar los derechos reconocidos en él o a limitarlos en una mayor medida que la prevista por el Pacto.

El artículo 5º del Pacto, relacionado con el artículo 4° e interpretado ambos de manera *finalista*, permiten por una parte concluir que aquella enumeración de derechos -dispuesta en el artículo 4° inciso 2°-, *no es taxativa*; y por otra, como consecuencia de lo anterior, permite considerar entre otros, al *derecho a la vida*, derecho básico y emblema de los derechos humanos, que no se puede dejar de incorporar dentro de las prohibiciones a su restricción establecidas en el artículo 4° del Pacto[334]-[335].

[332] El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4° establece que:
1. En *situaciones excepcionales* que *pongan en peligro la vida de la nación* y *cuya existencia haya sido proclamada oficialmente*, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, *suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto*, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente *no autoriza suspensión* alguna de los artículos 5, 7 y 8 párrafos 1 y 2, 11, 15, 16 y 18.

[333] El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5° señala que:
1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos *encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él*.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, *so pretexto de que el presente Pacto no les reconoce o los reconoce en menor grado*.

[334] Es más, el artículo 6° del Pacto, al *tolerar* la aplicación de la pena de muerte por parte de un Estado, en realidad lo que determina y regula la norma no es la suspensión de éste derecho –porque se suspende lo que se puede volver a reanudar, y con la vida ello no es posible- por mera discreción de la voluntad de un Estado, sino que esta norma internacional lo que dispone es sólo el

No obstante lo anterior, en aquellos Estados en que la protección del derecho a la vida[336] cede ante la pena capital o ante la legalización del aborto, no quiere decir que el derecho a la vida puede suspenderse o restringirse por un Estado cualquiera, primero porque ello lógicamente no es posible –se es o no es persona humana; se tiene o no se tiene vida, plantearse una situación en que puede suspenderse este derecho, como se permite con otros derechos, como el derecho a reunión, o asociación, *es imposible*.

Además, si no se puede suspender el derecho a no ser torturado, a no ser sometido a esclavitud o servidumbres de ningún tipo, con mayor razón no se podrá suspender el derecho a la vida, que permite la manifestación y protección de los demás.

Eso si, en lo que es *categórico* el *Pacto*, es que *si la privación de la vida constituye delito de genocidio*, se entenderá que nada de lo dispuesto en este artículo (6° del Pacto) excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la

---

alcance de protección de éste derecho, es decir, señala hasta donde se extiende la defensa de éste derecho en aquellos países que contemplan la pena de muerte, y cuales son aquellas situaciones en que se tolera a los Estados su disposición-*en caso de comisión de delitos graves*-.

Por tanto, en aquellos países en que se aplica la pena de muerte, el derecho a la vida extenderá su protección a todas las demás manifestaciones de un ser humano con el que éste derecho tiene vinculación directa o indirecta, verbigracia, en la protección brindada al recién nacido, los derechos maternales y paternales, al que requiere de atención médica sobre todo de urgencia, el derecho a consumir alimentos no contaminados, o a beber agua limpia o respirar aire puro, o el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, etc.

En consecuencia, en todas las naciones que han hecho suya la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos y posteriormente han incorporado éstos Pactos sobre Derechos Humanos como el que se analiza, la protección de la vida se manifestará *desde el nacimiento del ser humano e incluso antes de nacer* y durante toda la existencia de él, hasta su expiración. Por tanto en aquellos países que se encuentra abolida la pena de muerte e incluso en aquellas naciones en que puede imponerse ésta pena como sanción a la comisión de delitos graves, se debe igualmente proteger, respetar y garantizar la vida, como un imperativo de la comunidad internacional y como limite al ejercicio de la soberanía de un Estado.

[335] El artículo 6° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que:

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. *En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos* y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito *y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

[336] Que para nosotros un ser es humano, desde el *momento de la fecundación*, pues éste *ser vivo*, se diferencia del que respira o sobrevive a la separación un momento siquiera (siguiendo la teoría de la viabilidad de nuestro código civil) sólo por su *configuración morfológica*, ya que en principio éste nuevo ser humano, podrá ser una fusión de pro-núcleos masculino y femenino(*cigoto*), luego al dividirse, una masa de 32 células(*mórula*), llegando en un par de semanas a ser semejante a un embrión de ave o un cerdo, para luego transformarse en *feto* y finalmente configurarse en lo que se acepta como ser humano.

prevención y la sanción del delito de genocidio. *En consecuencia, se protege la vida más que la decisión soberana de un Estado a disponer de ella*.

Sin embargo creemos que en el propio Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y más precisamente en su artículo 6°, que no obstante disponer que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, *consagra una norma vulneradora de los derechos humanos* al permitir o tolerar que un Estado en ejercicio de su soberanía pueda disponer de la vida de un ser humano.

Dilema en el corazón del Pacto que la comunidad internacional deberá corregir con el transcurso de las décadas, mediante una profundización e internalización del valor humano, en nuestra conciencia de humanidad.

En consecuencia, aquellos derechos reconocidos en el Pacto y que no se pueden suspender, son preceptos absolutamente inderogables, portadores de normas imperativas protectoras de la persona humana, en su estructura y dignidad fundamental[337].

Para *Héctor Gross Espiell*, "los criterios sustentados en la Declaración Universal, se admiten hoy como obligatorios, ya sea como consecuencia de estimarse que constituyen principios generales del derecho internacional, o un desarrollo interpretativo de la Carta aceptado expresa y reiteradamente por la comunidad internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos *ha dejado así, de tener sólo un valor moral*, para transformarse en un documento del que se derivan para los Estados deberes y obligaciones concretas[338].

Agrega que el deber de respetar *los derechos del hombre* constituye una norma imperativa de derecho internacional, *un caso de ius cogens*, quizá el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias que de ésta afirmación se derivan, cuyo

[337] Citado por Antonio Gómez Robledo, *el ius cogens internacional*. Claudio Marcelo Troncoso Repetto, Ob.Cit. en nota 323; página 75.
[338] Héctor Gros Espiell, *evolución del concepto de los derechos humanos: criterios, occidentales, socialistas y del tercer mundo*. Citado por Claudio Marcelo Troncoso Repetto; página 75.

respeto y vigencia se vinculan con la idea de orden público internacional, lo que implica también efectos de obvia importancia[339].

Los Estados entonces, no podrán hacer, como lo sostenían los *voluntaristas*, lo que quisieran en el ámbito internacional, sino que por el contrario estarán sometidos a respetar reglas independientes y superiores a ellos. Es dentro de éste marco que los derechos humanos adquieren especial importancia, y como se ha destacado por la mayoría de los autores[340], se *incluyen éstos derechos como uno de los ejemplos más típicos de ius cogens*[341].

Los derechos humanos han ido adquiriendo universal aceptación, en forma creciente a partir del término de la segunda guerra mundial. Se ha producido por tanto una internalización del problema de los derechos humanos, no siendo aceptable ni concebible que los Estados pretendan exonerarse de la obligación de respetar éstos derechos, fundados en su jurisdicción doméstica, pues como se ha señalado es un

---

[339] Héctor Gros Espiell, *evolución del concepto de los derechos humanos: criterios, occidentales, socialistas y del tercer mundo*. Citado por Claudio Marcelo Troncoso Repetto; página 76.

[340] Además de los autores señalados, debe mencionarse también a *Ulrich Scheuner* quien postula que "*dentro de los grupos de las normas de ius cogens se encuentra la protección de los más esenciales derechos humanos*. Sin embargo para él, no todos los preceptos contenidos el los Pactos sobre derechos civiles y políticos; y económicos, sociales y culturales, son considerados como perentorios. No todas las normas tienen la misma significación fundamental, pero las reglas que protegen la dignidad humana, igualdad personal y racial, la vida y la libertad personal, pueden ciertamente ser reconocidas como de derecho inalienable". Otro autor; *F. A. Mann*, concibe, a los derechos básicos de la persona humana, como una norma de ius cogens. El problema-señala-es que no está claro si esto significa algo más que la libertad de la dominación colonial. Algunos derechos humanos pueden ser básicos para los defensores de los bastiones del derecho tradicional, pero no necesariamente para otros, que en ciertas ocasiones pueden practicar un doble estándar. Y concluye señalando que el derecho a la libertad personal puede ser convenientemente afirmado como de interés común. Por su parte, *Virally*, sostiene que las normas relativas al respeto de los derechos humanos "*son reglas destinadas a proteger intereses que sobrepasan los intereses individuales de los Estados, la derogación de los cuales, constituye un atentado a los intereses superiores que el Estado debe respetar en toda circunstancia"*. Entre los *autores menos proclives* a considerar los derechos humanos como norma de ius cogens, se encuentra *Jerzy Sztucki*, quién expresa que es debatible si, y en que extensión, la protección internacional a los derechos humanos en el nivel universal ya ha sido desarrollada para garantizar su posición jerárquica superior en el sistema de derecho internacional. Con respecto a la jurisprudencia sobre el mismo tema se destaca, el caso del canal Corfú y el caso de la Barcelona Traction. En el primero, la Corte Internacional de Justicia resolvió, que las obligaciones de las partes han de tener presente consideraciones elementales de humanidad, más absolutas, aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra. En el segundo, la distinción esencial que debe establecerse entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado. De las primera dicen que son obligaciones *erga omnes* y prosigue así: "en el derecho internacional contemporáneo éstas obligaciones derivan, por ejemplo, de haber puesto fuera de la ley actos de agresión y genocidio, como también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, con inclusión de la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial".
Esta vez, la Corte hace una mención especial de los derechos fundamentales como fuente de obligaciones hacia toda la comunidad. Ahora, como el fallo citado habla de los derechos fundamentales o básicos de la persona humana, el internacionalista F. A. Mann, sostiene "que parece, entonces, que se debe distinguir entre derechos humanos básicos y no básicos. De los primeros la Corte proporciona dos ejemplos, a saber, la esclavitud y la discriminación racial. Se plantea así el problema de trazar una línea hasta ahora desconocida, entre los derechos humanos y los derechos humanos básicos".
En concepto del autor de ésta monografía (*Sr. Troncoso Repetto*), los derechos humanos constituyen uno de los ejemplos más típicos de una norma de ius cogens. Ésta afirmación se funda en el respeto de la dignidad humana. Este concepto es uno de los más vitales de nuestra era. Respecto de él, son todos los seres del planeta convocados a expresar su preocupación.
Todas las citas han sido extraídas de Claudio Marcelo Troncoso Repetto, *la norma del ius cogens aplicada a los derechos*. Revista Ciencias Sociales, Derecho y Sociedad, N° 1 mayo-junio (1988); página 76 y 77.

[341] Idem.; página 82.

problema que trasciende los límites de sus propias fronteras. El hecho de concebir a los derechos humanos como normas de ius cogens, significa que los Estados no pueden violarlos, so pena de nulidad de sus actos, nulidad que no se aplica sólo al caso, en que mediante un tratado se intente violar los derechos humanos, sino que se extiende también a los *actos unilaterales*[342] *de los Estados*.

En virtud de ésta concepción los Estados no pueden violar los derechos humanos de sus connacionales, so pena de nulidad del acto violatorio y de la responsabilidad del Estado ofensor, pudiendo incluso llegar a ponerse en duda su legitimidad por parte de la comunidad internacional. De manera tal que, en los tribunales nacionales e internacionales, según sea el caso, se puede objetar una norma de cualquier rango, ya sea constitucional, legal o reglamentaria, por defecto de nulidad, por ser contraria a una norma de superior jerarquía -ius cogens- que consagra los derechos humanos[343].

8.3.7.- *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*

[342] El tema que se alude aquí, se refiere a la nulidad del acto contrario a la norma ius cogens, que no sólo es aplicable al Tratado, sino también, puede extenderse a los actos unilaterales de los Estados. Pensemos en la riqueza de éstos conceptos de extenderlos a los *actos unilaterales de los Estados*. Así entonces, tomando como ejemplo práctico las normas decretadas y promulgadas en los distintos niveles del ordenamiento jurídico interno por las *dictaduras militares latinoamericanas -y podríamos agregar aquellas normas jurídicas atentatoria a los derechos esenciales, dictadas durante los diversos en regímenes totalitarios que se han gestado en el mundo y a través de la historia, normas emitidas para fundamentar y validar sus actuaciones, como aquellas del régimen nacionalsocialista alemán y el decreto nacht und nebel, o el comunista chino y su recordada matanza en la plaza de Tiananmen o su invasión al país del Tíbet; asimismo podemos nombrar los actos vulneradores de derechos esenciales cometidos por los países europeos en la etapa del colonialismo, luego por el control de pozos petrolíferos en África y actualmente en forma desapercibida a través de la biopiratería; de los regímenes totalitarios africanos y su inexistente respeto por la vida de sus semejantes, arrasando a tribus completas; regímenes fundamentalistas del medio oriente con sus normas tan rígidas y anacrónicas que restringen o vulneran severamente los derechos fundamentales; de Israel y la Palestina y su matanza despiadada entre hermanos; y la democracia encubierta de la mayoría de los gobiernos de los EE.UU de post guerra, gobiernos que han olvidando el mensaje de sus padres fundadores y de los valores esenciales en que se basó la creación de ésta nueva nación, gobiernos que maquinan una democracia encubierta, porque respetan las libertades de los suyos, pero no las de los demás seres humanos del planeta; porque han implementado un nuevo despotismo, gobernar el mundo pero sin el mundo; porque instauran regímenes con características democráticas, sin embargo, ninguna de sus miles de explicaciones sirven para ocultar su verdadera intención, sed de poder y control, entre otros, de los recursos naturales no renovables, como los pozos petrolíferos, o bien en el mañana, de aquellos recursos naturales como bosques y por cierto el agua dulce, sólida o líquida*-; se apreciará que los actos contrarios al ius cogens,- cuyos ejemplos como hemos expuesto lo encontramos en todo el orbe o a través de la historia- sea que provenga de actos bilaterales o unilaterales de los Estados que los trasgreden, nos permitirá formular una interesante pregunta acerca de ¿si éstas normas que violan, trasgreden o denigran los valores más básicos de un ser humano, *pueden tener algún valor jurídico, existiendo una norma imperativa de derecho internacional general que obliga a todos los Estados a respetar los derechos humanos*?. Sin lugar a dudas por lo que hemos destacado a través de los autores-Verdross, Mann, Suy, Gross Espiell, sólo por nombrar algunos, y por cierto Troncoso Repetto que comparte ésta monografía con el que quiera acceder a ella y quienes trabajamos en esta tesis, *creemos que no*. Pie de página redactado en base a lo señalado por Claudio Marcelo Troncoso Repetto, *la norma del ius cogens aplicada a los derechos*. Revista Ciencias Sociales, Derecho y Sociedad, N° 1 mayo-junio (1988); página 78 y 79. El texto escrito entre guiones es autoría nuestra.

[343] Idem.; página 82.

No fue fácil -y lo demuestra la lectura de las actas constitucionales respectivas- reconocer en la gestación del contenido del texto constitucional, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Su no consideración *expresa* en la Declaración Universal de los Derechos Humanos unido a que durante aquella época en que se gestó la Constitución de 1980 -década de 1970- en los países desarrollados principalmente europeos estaba *en pleno desarrollo* el debate acerca de la importancia de la protección de éste derecho, y que a raíz de las presiones de los movimientos ciudadanos de corte ecológico más la comunidad científica conciente, lograron a través de diversas manifestaciones y presiones ambientales -especialmente mediante documentos y estudios científicos- lograr que la Asamblea de las Naciones Unidas acordare la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano(1972).

Por tanto el medio ambiente sano fue concebido como un *neo-derecho a proteger* y concebido por muchos como un derecho humano -tema tratado en el Capítulo anterior-. Es dentro de éste contexto en que se debate por la comisión, *éste neo-derecho humano*, por ello no es de extrañar que en un principio haya existido *tanta resistencia*[344] de parte de ciertos comisionados para primero *reconocer* éste derecho, luego para *incorporarlo al catalogo* de derecho y deberes en el capítulo III de la nueva constitución y finalmente para ser *garantizado* por el recurso de protección en el definitivo artículo 20 de la Carta Fundamental. Sólo la visión de algunos permitió proteger finalmente este neo-derecho humano adecuadamente y no sólo ser concebido como una aspiración

[344] En la sesión Nº 18 celebrada el día 22 de noviembre de 1973, el comisionado *Sr. Diez* señala que "para la protección del derecho a la vida es necesario establecer normas que eviten la contaminación del medio ambiente". Dicha indicación no contó en un principio con la anuencia de los señores Ovalle –para quién la norma no debía tener jerarquía constitucional- y Silva Bascuñan, quién consideraba que debía ubicarse en otro capítulo, dentro de los deberes del Estado. En la sesión Nº 215 celebrada el día 26 de mayo de 1976 se desestimó la procedencia de la protección, dada la naturaleza social del derecho y en especial por considerar que existían otras vías para su resguardo –civiles o penales-. *El único miembro que se mostró partidario fue el presidente Sr. Ortúzar*, -agregamos en contra, *el Sr. Guzmán, Sr. Evans, Sr. Silva Bascuñan*- quién señaló que no era justo que en las inmediaciones de una vivienda privada se pudiera instalar una industria y para solucionar dicho conflicto se tuviera que esperar largos años una decisión sobre la materia.
Enrique Navarro Beltrán, *recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación*. Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 20 (1993) Santiago, Chile; al pie de páginas 595 y 596.

social, sobre todo en un país que en aquel entonces era aún más subdesarrollado que en el presente, y con una población que tenía muchas más carencias materiales y necesidades básicas por satisfacer.

Por ello creemos que el *contexto histórico*[345] *en que se gesto este reconocimiento* unido a nuestra realidad de país latinoamericano, y si agregamos otros condicionantes, como la tradición jurídica al respecto, que en el ámbito constitucional tenía un débil desarrollo y protección de los derechos esenciales, con una gran preponderancia por el respeto al clásico derecho de propiedad, y aún más con una comunidad jurídica formada a mediados del siglo pasado que permitía fácilmente presumir *una postura conservadora de la comisión*, y por tanto, una negativa casi segura, de incluir a éste neo-derecho humano en el texto constitucional -quizás por integrar lo que la doctrina empezaba a denominar en aquella época, los derechos de tercera generación, que no se encontraban expresamente considerados en los clásicos derechos de primera y segunda generación, ambos tipos de derechos recogidos y proclamados en los Pactos Internacionales mencionados supra-; *sin embargo, todo lo anterior no fue obstáculo* para que *parte de los comisionados* visualizarán la real importancia del medio ambiente como un bien jurídico a proteger, básicamente porque se encuentra ligado íntimamente con la protección del derecho a la vida y salud de las personas, beneficiándose de de tal conexión o alianza –que nosotros hemos denominado en el capítulo anterior, *simbiosis jurídica*-, éste derecho humano y todos los seres vivos y bienes ambientales que lo comprenden.

[345] En éste sentido Francisco Caballero Zanzo opina que "…se puede afirmar sin temor a equivocaciones que la preocupación ambiental, de manera directa, no se encontraba presente en el ánimo de los Constituyentes nacionales anteriores a 1980, y es por ello que la Carta Fundamental del año 1833 que rigió hasta la dictación de la Constitución Política de 1925, la cual a su vez rigió hasta el quiebre constitucional de 1973, no presentaban de manera directa normativas de orden ambiental. Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución Política de 1925 regulaba con bastante profundidad el derecho de dominio y es a partir de este derecho constitucional que se puede afirmar que se estableció el criterio de función social de la propiedad, criterio sobre el cual se puede cimentar el establecimiento de ciertas normas ambientales, estructuradas doctrinariamente bajo los supuestos de restricciones genéricas y específicas al derecho de dominio".
Francisco Caballero Zanzo, *interpretación de conceptos ambientales a la luz de la legislación anterior a la ley de bases generales del medio ambiente: antecedentes del derecho nacional y comparado*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVII (1996) Valparaíso, Chile; página 265.

Así entonces, comisionados como el *Sr. Sergio Diez Urzúa* -quién propone el reconocimiento de éste derecho-; *Sr. Enrique Evans de la Cuadra* -quién defiende la incorporación de éste derecho al catálogo de los derechos esenciales-; *Sr. José Luís Cea Egaña* -a quién se le encarga un anteproyecto sobre la materia, cuyas ideas principales son recogidas por la comisión y luego enviadas a la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, en adelante *Conicyt*, que recoge las ideas del *Sr. Cea*, y opiniones del *Sr. Diez* y *Evans*, en un informe denominado "ideas básicas sobre protección constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales", informe de cuya base se redacta el texto sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, redacción que se incorpora posteriormente al texto constitucional definitivo-; *Sr. Raúl Bertelsen Repetto* -quién logra convencer a la comisión de la necesidad de garantizar éste derecho, a través del recurso de protección-; *Sr. Enrique Ortúzar Escobar* -quién como presidente de la comisión además de defender éste derecho para que sea incluso en el capítulo de las garantías fundamentales, fue el único que bregó por la necesidad de incluirlo como un derecho garantido en el artículo 20 del texto definitivo -idea que reflota y se cristaliza gracias a la certera intervención del *Sr. Bertelsen Repetto*- también aboga a través de sus numerosas intervenciones por un *contenido pro-humano y pro-ambiente en las normas constitucionales*-; por tanto, todos ellos, hicieron su aporte para que este derecho sea reconocido, respetado y garantizado por nuestra Carta Fundamental, pero sin duda *Diez, Ortúzar, Bertelsen y Evans* -no obstante éste último estimó no considerar éste derecho necesario de ser protegido a través del recurso de protección, pero que defendió su incorporación como norma constitucional, y luego su inclusión en el capitulo de los derechos y garantías individuales- y también quienes participaron seguramente *en forma anónima* a fin de lograr éste vital objetivo, y los autores de la

naciente literatura jurídica ambiental de la época, han hecho un notable e importantísimo aporte a la defensa del medio ambiente a través del reconocimiento de este derecho humano, *cuando parecía que ya no había espacio en nuestra Carta Fundamental para su respeto y garantía*.

8.3.7.1.- Sesiones Ambientales

Así entonces, en diversas Sesiones de la Comisión se fue configurando este derecho humano, como lo pasamos a destacar a continuación.

1º.- Sesión Nº 18 celebrada el día 22 de noviembre de 1973

En esta Sesión, el comisionado *Sr. Diez*, a propósito del *párrafo relativo a los derechos humanos*, expresa lo siguiente: "asimismo para la *protección del derecho a la vida* de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo, *será necesario establecer, normas que eviten la contaminación del medio ambiente*.

A continuación el *Sr. Ovalle* señala que: "desde un punto de vista de los principios del derecho constitucional, la contaminación del medio ambiente no puede figurar en la Carta Fundamental, porque si bien es cierto que es un deber del Estado buscar los arbitrios necesarios para asegurar las más óptimas condiciones ambientales para el desarrollo físico y moral de las personas, no es menos cierto que dicha materia -por importante que sea- no debe tener en éste aspecto, jerarquía o rango constitucional".

El *Sr. Diez* responde expresando que: "su sugerencia obedece a que *la mantención de un ambiente sano es un derecho de todos los hombres*, razón por la cual considera adecuado establecerlo en el texto mismo de la Constitución".

El *Sr. Silva Bascuñan* "sugiere tratar el tema relativo a la contaminación en el capítulo quinto acerca del Estado, porque ésta debe ser una de las preocupaciones preferentes

del Estado, inserta en su objetivo fundamental, *que es el bien común*". El *Sr. Evans* estima que "*ésta materia debe tratarse conjuntamente con las garantías y derechos individuales*, porque la preocupación del medio ambiente forma parte de la superestructura de la seguridad social". Finalmente los comisionados acuerdan al respecto que *a indicación del Sr. Diez* se acuerda tratar *conjuntamente los temas relacionados con el derecho a la salud y sanidad del medio ambiente, en el capítulo relativo a los derechos humanos*[346].

Más adelante se lee en el *primer memorándum* aprobado por la comisión constituyente que contiene las metas u objetivos fundamentales en que debiera inspirarse[347] la nueva Constitución Política del Estado, que "el Estado reconocerá el libre acceso a la salud, considerándola como un todo indivisible en sus acciones para promoverla, protegerla, restituirla o revalidarla.

[346] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 18 celebrada el 22 de noviembre de 1973, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Capítulo%201,%20Bases%20de%20la%20Institucionalidad#
Archivos de Capítulo 1, Bases de la Institucionalidad; página 1.

[347] En cuanto a la afirmación de los valores permanentes de la Chilenidad, expresa que: "la estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de nuestro pueblo, y según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección. En el mismo punto 1, se lee más abajo que: "la Constitución contemplará como principio fundamental el que todos los actos de la autoridad deben estar presididos y determinados por el superior concepto del bien común, porque éste constituye la verdadera razón de ser del gobernante, llamado a lograr el bienestar espiritual y material del pueblo". En cuanto a los derechos humanos se destaca en el punto 2 del memorándum que: "la Constitución, cuya finalidad básica, es, precisamente, regular la convivencia colectiva de una sociedad de pleno respeto a los derechos humanos, mantendrá y robustecerá el cuadro completo de libertades públicas y derechos esenciales, que denomina garantías constitucionales, y que, sin discriminaciones ampara a todos los habitantes del territorio de la República. Tendrá, además, fundamentalmente presente tanto la señalada tradición de la Institucionalidad Chilena, que recibe del pasado hispánico el sentido de la ley y de la dignidad humana, como el contenido de los documentos internacionales que se han ocupado de la vigencia de los derechos humanos en el mundo contemporáneo, entre los que sobresalen la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos del Niño.
Conforme a esas inspiraciones, la normativa constitucional se fundará en los siguientes principios:
1.- La afirmación de que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no hacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado siendo, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico;
2.- La comprobación histórica de la fe del pueblo de Chile en un sistema de convivencia basado en los derechos fundamentales del hombre, en su dignidad y en la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer;
3.- La certidumbre de que la sociedad civil tiene como fundamento el que todo ser humano es persona dotada de inteligencia y voluntad libre, y con derechos y deberes inviolables e inalienables, y
4.- La aceptación de que el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos, y de que los derechos y los deberes se integran recíprocamente en toda actividad o relación social y política, *en términos de que si los derechos expresan la libertad, los deberes sostienen la dignidad de esa libertad*. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 18 celebrada el 22 de noviembre de 1973, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Capítulo%201,%20Bases%20de%20la%20Institucionalidad#
Archivos de Capítulo 1, Bases de la Institucionalidad; página 1.

Será de su deber, en cumplimiento de su fundamental misión de velar por la vida de los ciudadanos, implícitas en todas las Constituciones del mundo, consagrar normas que tiendan a evitar la contaminación del medio ambiente[348].

2º.- Sesión Nº 120 celebrada en 13 de mayo de 1975

En esta Sesión, el *Sr. Ortúzar* expresa que se ha recibido un oficio del Presidente de *Conicyt*[349], quién destaca el consenso a que se ha arribado, en orden a que el nuevo texto constitucional debiera fundarse en conceptos básicos, acerca de que *es deber del Estado* proteger, conservar y preservar el medio ambiente, ya que, *es la única organización revestida con autoridad y con poder suficiente para ello; también se encuentran contestes en cuanto a que el ejercicio de la soberanía comprende la protección del medio ambiente*, que es *patrimonio común* de todos los habitantes actuales y futuros de la nación, patrimonio del que se benefician todos ellos y surgen

[348] En el *primer memorándum* se lee en el punto 2 relativo a los derechos humanos, página 24 lo que se destaca supra. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 18 celebrada el 22 de noviembre de 1973, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Capítulo%201,%20Bases%20de%20la%20Institucionalidad#
Archivos de Capítulo 1, Bases de la Institucionalidad; página 1.

[349] El Oficio del Presidente de *Conicyt* expresa que existe consenso en que el nuevo texto constitucional debería fundarse en los siguientes conceptos básicos: "que la soberanía nacional no sólo se ejerce cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico, *sino también al proteger el medio ambiente y los recursos naturales*; que el medio ambiente y los recursos naturales *son patrimonio de todos los habitantes actuales y futuros de la nación*; que *el Estado* aparece como la *única organización revestida de autoridad y poder suficientes para cautelar la preservación y enriquecimiento de ese patrimonio*. De ahí que deba *asumir como función propia* la protección del medio ambiente y los recursos naturales, lo cual pude alcanzarse mediante la consagración de dicha función en su Carta Fundamental, y mediante la dictación de normas jurídicas que den origen a mecanismos de preservación y a la educación ciudadana; que de hecho el medio ambiente y los recursos naturales constituyan un *patrimonio común*, del cual reportan beneficio todas las personas naturales, o jurídicas, es el fundamento de obligaciones correlativas. Estas obligaciones involucran colaborar con el Estado en la conservación del patrimonio común, soportar cargas tales como ciertas restricciones a las garantías individuales, y responder por los daños que causen, reestableciendo las cosas a su estado anterior e indemnizando a la comunidad al valor del perjuicio social que se ocasiones por el uso, agotamiento o deterioro; que *el Estado debe prevenir* la ocurrencia de *actos que menoscaben el medio ambiente y los recursos naturales*, creando una conciencia nacional de responsabilidad hacia dicho patrimonio común, mediante programas educativos apropiados; que debe asegurarse la existencia de *organismos técnicos dotados de nivel, imperio, independencia y autonomía suficientes* para adoptar decisiones sobre los problemas relacionados con la protección del medio ambiente y los recursos naturales y abrirse a la *acción pública la iniciativa para impetrar dicha protección*.
El Presidente de Conicyt se permite hacer los siguientes comentarios relativos a la indicación del profesor Evans, señalando al respecto que: "el texto no parece reflejar la relación que advertimos entre la protección del medio ambiente y los recursos naturales con el concepto de soberanía; que el texto no incluye la idea de responsabilidad frente a las generaciones futuras por el manejo actual del medio ambiente y los recursos naturales; que el texto refleja apropiadamente, la magnitud de la labor estatal, al expresar, es deber del Estado; que también coincide el texto en consulta con la visión que Conicyt tiene de los deberes de las personas naturales, tanto desde el punto de vista de la acción activa(proteger el medio ambiente) como pasiva(soportar cargas personales, limitaciones y obligaciones patrimoniales). En cambio, faltaría a nuestro entender la mención a las personas jurídicas distintas del Estado, y que son las que suelen provocar las mayores alteraciones ambientales. *Tal es el caso de las empresas, por ejemplo*.
Faltaría en el texto el aspecto preventivo que aportaría el Estado por la vía educativa".
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 120 celebrada en 13 de mayo de 1975, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=3&codigo=Cap%EDtulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 3.

obligaciones correlativas en cuanto *a colaborar, soportar cargas y responder de los daños* que ocasionen al medio ambiente. Expresa además, la necesidad de crear organismos técnicos sobre la materia dotados de imperio, independencia y autonomía para proteger el medio ambiente y adoptar las decisiones más convenientes para lograr aquello.

Finalmente destaca que el *Estado debe prevenir* la ocurrencia de actos que menoscaben el medio ambiente, creando una *conciencia nacional de responsabilidad* hacia dicho patrimonio común, debiendo abrirse a la *acción pública la iniciativa para impetrar la protección* del medio ambiente[350].

3º.- Sesión Nº 186 celebrada el día 9 de marzo de 1976[351]

En esta Sesión, se refleja la influencia que tuvo el comisionado *Evans* en la construcción del esqueleto de éste derecho, ya que a él se le encargó -por el *Sr. Ortúzar*- la preparación de un precepto preliminar sobre protección del medio ambiente, en la que incluyó ideas matrices de un trabajo sobre la materia que le hizo llegar el profesor *José Luís Cea Egaña*, y las ideas del *Sr. Diez*, las cuales el comisionado *Evans* vació en su indicación; que luego fueron enviadas a Conicyt para que expidiera un informe relativo al derecho a un medio ambiente, informe preliminar que se hace llegar a la Comisión considerando las ideas matrices propuestas.

Evans redacta un concepto preliminar sobre el derecho a la protección de un medio ambiente; que se anota como se lee a continuación:

---

[350] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 120 celebrada en 13 de mayo de 1975, disponible en la dirección electrónica se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=3&codigo=Cap%EDtulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 3.

[351] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

"*La Constitución asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Corresponde al Estado velar para que éste derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales.*

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

La integridad del patrimonio territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental".

En base a éste precepto preliminar sobre la materia, más el informe definitivo de Conicyt -denominado ideas básicas sobre protección constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales- se utilizaron en el debate de ésta importante Sesión.

Se debe destacar en relación con éste informe que el comisionado *Evans* reduce notablemente el número de hojas a considerar del informe definitivo[352], ya que a su juicio *adolece de algunos vicios de redacción muy evidentes.*

En las hojas consideradas del mencionado informe *persiste la idea que en el ejercicio de la soberanía se encuentra comprendido la protección al medio ambiente*, idea en la que concordaron todos los comisionados y que podríamos agregar que con la incorporación posterior del inciso segundo al artículo 5º de la Carta Fundamental, se reafirma aun más la idea que al ser el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, un derecho esencial reconocido por nuestra carta, es un ejemplo más que *es un derecho humano* y que las *normas contenidas en los tratados internacionales*

[352] Sobre el particular se lee en la página 18 de la Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976 que el Sr. Evans *advierte*, a propósito del inciso segundo que redactó preliminarmente –la ley podrá establecer determinadas restricciones al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente- *que su redacción es mucho más restrictiva que la propuesta por Conicyt*-todo habitante de la República deberá abstenerse de cualquier acción que represente o pueda representar un atentado o amenaza a éste derecho y no podrá excusarse de someterse a las restricciones que en el ejercicio de sus derechos le sean impuestas con miras a preservar el medio ambiente nacional-que el informe de ésta entidad- por ello se vio en la necesidad de reducir el texto del informe: "*sobre el particular advierte que el informe de ésta entidad, de más de cuarenta páginas, está reducida a dos por sugerencia suya a la Secretaría*". Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

sobre materias ambientales que impiden o evitan la contaminación, son tratados sobre derechos humanos, y por tanto, limitan el ejercicio de la soberanía.

Se debe destacar además, que todos los comisionados se encontraban *contestes* en cuanto a que en la protección de éste derecho *siempre se va a tolerar un mínimo* de contaminación, pues como destaca el *Sr. Diez* aludiendo a la propuesta de un medio ambiente libre de *toda* contaminación, expresa que: "*la civilización lo ha hecho imposible*"[353].

Por tanto -creemos que- se debe tratar de *una contaminación que rompe el equilibrio ecológico*, que merma o destruye el medio ambiente, y en este sentido el Comisionado *Guzmán* planteaba que "a lo mejor es preferible referirse a un medio ambiente sano…" y deja planteada la inquietud en cuanto a si "todo el medio ambiente no está de algún modo contaminado y si en algún grado es imposible evitarlo". Agregando finalmente que "*lo que se desea evitar es la contaminación peligrosa para el ser humano e inconveniente para la sociedad*"[354].

En consecuencia podemos concluir que *altera este equilibrio ecológico* -que se busca proteger a través de la incorporación de éste neo-derecho al texto constitucional-, aquella contaminación *denominada peligrosa*, que no es posible su asimilación o biodegradación[355]por el entorno en plazos breves, de manera que al respecto es

[353] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; pagina 7 del documento disponible en formato pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[354] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; pagina 17 del documento disponible en formato pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[355] La *biodegradación* es la transformación de una sustancia en biodegradable, generalmente por la acción de microorganismos. Entenderemos por *biodegradable* aquellas sustancias susceptibles de ser atacadas por los seres vivos, principalmente microorganismos. En Biología la condición de biodegradabilidad es indispensable en las sustancias residuales que se aportan constantemente a los ríos, lagos y mares. Muchos de estos residuos si se acumulan, resultan nocivos e incluso tóxicos para la vida que se desarrolla en las aguas, alterando el equilibrio de los ecosistemas en forma irreversible, de ahí la importancia de que puedan ser convertidos por los microorganismos en sustancias inocuas y fácilmente eliminables, o incluso aprovechables por otros

imperioso proteger nuestro medio ambiente, a través de una legislación o de disposiciones reglamentarias de carácter preventivo y basada en principios medioambientales, pues de lo contrario no será posible una biorremediación[356]natural

---

organismos. *Los residuos no biodegradables deben sufrir, antes de ser eliminados, un proceso que les confiera la biodegradabilidad*. Terminos extraídos de *La Enciclopedia*, Salvat Editores S.A., Madrid, España, vol. Nº 3 (2004).
A lo anterior agregaremos que: "la biodegradabilidad es la característica de algunas sustancias químicas de poder ser utilizadas como sustrato por microorganismos, que las emplean para producir energía (por respiración celular) y crear otras sustancias como aminoácidos, nuevos tejidos y nuevos organismos.
La biodegradación puede emplearse en la eliminación de ciertos contaminantes como los desechos orgánicos urbanos, papel, hidrocarburos, etc. No obstante en vertidos que presenten materia biodegradable estos tratamientos pueden no ser efectivos si nos encontramos con otras sustancias como metales pesados, o si el medio tiene un ph extremo. En estos casos se hace necesario un tratamiento previo que deje el vertido en unas condiciones en la que las bacterias puedan realizar su función a una velocidad aceptable.
La degradación de estos compuestos puede producirse por dos vías: degradación aerobia y la degradación anaerobia.
Ejemplos de plazos de biodegradación:
Cáscara de Plátano(Banana): 2 a 10 días; Pañuelos hechos de algodón: 1 a 5 meses; Papel: 2 a 5 meses; Cáscara de Naranja: 6 meses; Cuerda: 3 a 14 meses; Calcetines hechos de Lana: 1 a 5 años; Envases/cartones de leche hechos de tetra packs (un compósito plástico): 5 años; Filtros de cigarrillos: 1 a 12 años; Bolsas plásticas: 12 a 20 años; Zapatos de cuero: 25 a 40 años; Nailon: 30 a 40 años; Vasos de aislante térmico de poliestireno Styrofoam: 1 a 100 cien años; Guindas de anillos plásticos de paquetes de latas de aluminio de seis "6-pack": 450 años.
Información básica relativa a la biodegradación y temas relacionados con ella se cuentan en la siguiente dirección electrónica:
http://es.wikipedia.org/wiki/Biodegradaci%C3%B3n
La biodegradación (= descomposición orgánica) es el resultado de los procesos de digestión, asimilación y metabolización de un compuesto orgánico llevado a cabo *por bacterias, hongos, protozoos y otros organismos*. En principio, todo compuesto sintetizado biológicamente puede ser descompuesto biológicamente. Sin embargo, muchos compuestos biológicos (lignina, celulosa, etc.) son difícilmente degradados por los microorganismos debido a sus características químicas. La biodegradación es un proceso natural, ventajoso no sólo por permitir la eliminación de compuestos nocivos impidiendo su concentración, sino que además es indispensable para el reciclaje de los elementos en la biosfera, permitiendo la restitución de elementos esenciales en la formación y crecimiento de los organismos (carbohidratos, lípidos, proteínas). La descomposición puede llevarse a cabo en presencia de oxigeno (aeróbica) o en su ausencia (anaeróbica). La primera es más completa y libera energía, dióxido de carbono y agua, es la de mayor rendimiento energético. Los procesos anaeróbicos son oxidaciones incompletas y liberan menor energía.
El origen de la materia orgánica que se encuentra en una masa de agua puede ser autóctono o alóctono. El primero consiste en cadáveres de organismos, mudas, excreciones, productos de la senescencia y muerte de plantas acuáticas, secreciones de algas y plantas acuáticas. En las aguas dulces, frecuentemente la materia orgánica proviene de fuentes alóctonas o litorales, transportadas hasta el cuerpo de agua por acción del viento o por la escorrentía y consiste fundamentalmente en hojas, ramas, frutos, polen y materia orgánica disuelta de muy diversos orígenes (fertilizantes, aguas residuales, etc.).
Por el contrario, son volcados al medio, compuestos que no pueden ser degradados por los organismos, ya que estos no poseen la batería enzimática capaz de hacerlo, son los compuestos no biodegradables (metales pesados, plaguicidas, compuestos del petróleo). Estos compuestos se acumulan en los tejidos de reserva de los organismos, aumentando su concentración a medida que avanzamos en la red trófica hacia eslabones superiores. Distintos tóxicos actuando simultáneamente pueden atenuar (efecto antagónico) o contrariamente acentuar su efecto (efecto sinérgico) sobre los organismos afectados.
Laura De Cabo, Bibliografía BRANCO, S.M., 1984. Limnología sanitaria, estudio de la polución de aguas continentales. Monografía científica Nº 28, serie Biología, OEA, pág. 119.; WETZEL, R. 1981. Limnología. Omega. Barcelona, pág. 679; término ambiental disponible en la dirección electrónica:
http://www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/terminos/Biodegrada.htm

[356] La *biorremedación* es la descontaminación y detoxificación de los contaminantes químicos presentes en un ambiente determinado llevada a cabo por los microorganismos.
En la actualidad existe una corriente cada vez más importante en el sentido de utilizar microorganismos, en especial bacterias y hongos, para ayudar a la descontaminación y recuperación de ambientes naturales y para el tratamiento de afluentes industriales o municipales.
Se estima que los mejores microorganismos para la eliminación de tóxicos presentes en un medio son en principio aislados del propio ambiente de donde han sido seleccionados naturalmente, aunque en una segunda instancia la manipulación genética de los mismos puede fortalecer considerablemente su capacidad. Ello está sustentado en la observación de que los microorganismos capaces de habitar en un medio contaminado, (y por ende realizar las funciones vitales), poseen en su metabolismo celular dispositivos sumamente efectivos para realizar descontaminación.
De conocerse en detalle estos mecanismos, podrían ser aprovechados para purificar el agua, como por ejemplo empleando principalmente bacterias capaces de recoger metales pesados, sobre su propia pared celular que, al descamarse, podría retenerse en filtros.
Algunas bacterias y hongos producen melanina para impedir que los metales pesados (sus cationes) provenientes de desechos industriales: fábricas metalúrgicas, curtiembres, fábricas de pintura, etc., ingresen al interior de la célula. En una planta purificadora, estas bacterias pueden ser usadas como filtro, haciendo pasar el agua por una criba en la que quedan retenidos los metales pesados sobre la melanina. La *descamación periódica* de una estructura de este tipo podría asegurar la eliminación posterior de los metales inmovilizados, los que podrían ser descartados o floculados y recuperados posteriormente por el tratamiento del sedimento.
La introducción de organismos alóctonos o introducidos en un ambiente natural con el propósito de incrementar o extender la biodegradación de contaminantes, puede resultar un método eficiente para la biorremediación in situ. Esto ocurre cuando la población autóctona o nativa, *no es capaz de degradar un amplio rango de sustancias orgánicas presentes en una mezcla compleja de petróleo*. El criterio para efectuar una mezcla eficiente de organismos incluye: la habilidad para degradar la mayoría de los

sino que por el contrario será necesario que opere una biorremedación intervenida, manipulada o inducida por el hombre a fin de reducir o eliminar la contaminación que se ha producido en el entorno.

Sin embargo, creemos que ésta biorremedación asistida, sólo se debe concebir o tolerar por las normas ambientales en los procesos de tratamientos de lo residuos contaminantes antes de que sean vertidos o liberados al medio ambiente, o en aquellas situaciones de emergencia en que no queda otra solución o vía de actuación, por ejemplo en caso de un derrame de petróleo.

Pero si es necesario l*a introducción de organismos alóctonos*[357] *o introducidos en un ambiente natural con el propósito de incrementar o extender la biodegradación de contaminantes*, estaremos en presencia de un sistema normativo ambiental permeable, de carácter represivo y no preventivo, que vulneraría diversas normas constitucionales entre las que podemos destacar, artículo 1º en especial sus incisos 1º -valores positivados como la dignidad humana-, y 3º -servicialidad del Estado y su fin, el bien común-; artículo 4º ya que al ser nuestro país una república democrática, entre varias de sus características, se destaca el Estado limitado por el derecho, lo que trae aparejado el respeto de los derechos esenciales; artículo 5º que exige que el ejercicio de este poder supremo se encuentre limitado por los derechos fundamentales reconocidos por el Estado o que han sido incorporados por los tratados internacionales sobre derechos humanos; artículo 6º en cuyos incisos 1º y 2º consagra respectivamente, el principio de la supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento jurídico y el principio de la fuerza normativa de la Constitución y su

compuestos del petróleo, estabilidad genética, rápido crecimiento, alto grado de producción de enzimas, capacidad para competir con otros microorganismos indígenas, no ser patógenos y no producir sustancias metabólicas tóxicas.
M. Steciow; Bibliografía ARRAMBARRI, A.M. & M. CABELLO, 1994. Biodegradación fúngica en la contaminación por hidrocarburos. Gerencia ambiental. 3: 150 -152; FLATCHMAN, P.E.; D.E. JERGER & J.H. EXNER, 1994. Biorremediation. Field experience. Lewis Publishers; FRY, J.C.; G.M. GADD; R.A. HERBERT; C.W. JONES & I.A. WATSON-CRAIK, 1992. Microbial control of pollution. Cambridge Univ. Press. 343 págs; término ambiental disponible en la dirección electrónica: http://www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/terminos/Biorremed.htm

[357] Se entiende por *alóctono* aquel término que se aplica a "*los pueblos o gentes, especies animales o vegetales, etc., que no son naturales del país en que viven, se encuentran, crecen, etc. Se opone a autóctono*". La Enciclopedia, Salvat Editores S.A. , vol. I (2004), Madrid, España.

aplicación o vinculación directa a los preceptos constitucionales de todos los órganos del Estado, personas o grupos, es decir, la Carta fundamental obliga por sí misma, sus preceptos son verdaderas normas jurídicas que vinculan a gobernantes y gobernados; artículo 19 en sus números 1º -vida, integridad física u psíquica-, 8º que reconoce el derecho a vivir en un entorno libre de contaminación, 9º que protege la salud de las personas; y los demás derechos que en la especie sean afectados; todos estos artículos se verían vulnerados directamente al existir un sistema normativo ambiental principalmente represivo, en el cual necesariamente deba intervenir el ser humano para evitar que la contaminación siga produciendo sus consecuencias dañosas, ayudando a la biorremedación natural del entorno mediante la introducción en el ambiente contaminado de organismos alóctonos, para ayudar en su proceso de biodegradación y sanidad ambiental.

Una legislación ambiental de éste tipo, que coloca sobre los hombros de los ciudadanos y demás integrantes de la República los costos sociales, culturales, económicos y ambientales, además de vulnerar la Carta Fundamental como se destaca supra, no sólo *no incorpora los principios medioambientales* que deben orientar a los legisladores y demás órganos del Estado en la creación de las normas de contenido ambiental, principios que en definitiva concretan los valores positivados en la Carta Suprema, sino que además *envía nefastas señales a la opinión pública* acerca de la debilidad del sistema jurídico ambiental, evidenciando una falta de prevención en el contenido de las normas ambientales y como consecuencia, la demostración de que ellas no están cumpliendo con su objetivo, cual es, la mantención del equilibrio ecológico o protección ambiental. Ya en 1981 el profesor *Mario Jarpa Fernández*, formulaba las siguientes preguntas: “¿quién deberá soportar los costos de la lucha contra la contaminación? ¿deberá ser quién contamina? ¿O el consumidor, a quién

inevitablemente le serán traspasados esos mayores costos? ¿O la colectividad, a través del gasto público, financiado con impuestos?"[358].

Estas señales *debilitan el Estado de Derecho* porque al ser sus propios órganos los que no respetan uno o varios derechos fundamentales en su actuar, al ser los órganos del Estado quienes desconocen nuestra propia Carta Fundamental generada por el constituyente originario con el mandato expreso, de reconocer como limite en el ejercicio de la soberanía -de todos los órganos del Estado- el respeto de los derechos esenciales de la persona humana; lo único que se obtiene a cambio entonces, es una sociedad civil que desconfía de sus propias instituciones, de sus integrantes, de la manera como crean e interpretan el derecho que rige sus conductas; se deja de confiar en un tercero imparcial[359] que dirima sus controversia jurídicas -heterotutela-, las personas desconfiarán del respeto por parte de los órganos jurisdiccionales de sus derechos fundamentales de índole procesal como lo son "la acción o derecho a la tutela judicial y el derecho a un debido o justo proceso", base de un Estado de Derecho, se percibirá que los órganos del Estado que tienen potestades jurisdiccionales, en particular los tribunales de justicia, no pertenecen a un poder judicial absolutamente independiente como lo postula la doctrina constitucional, poder que se encuentra presionado al fallar por innumerables factores entre ellos, los de carácter *político y económico, y lo peor de todo es que las personas dejan de confiar en el derecho como el instrumento básico de la sociedad para resolver sus conflictos, para mantener la*

[358] Mario Jarpa Fernández, *derecho y contaminación ambiental*. Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 169 (1981), Concepción, Chile; página 118.

[359] Relacionado con la heterotutela se ha dicho que "prohibida a los ciudadanos la autotutela y reservada al Estado exclusivamente la aplicación aun coactiva del derecho, un ordenamiento jurídico respetuoso de la libertad y de los derechos de los ciudadanos, se ve en la necesidad de garantizar a los mismos el acceso al poder jurisdiccional y a que sus pretensiones sean conocidas y resueltas en terminos de racionalidad y justicia. De éste modo, como la mayoría de los Estados modernos, el chileno reconoce a los ciudadanos dos derechos fundamentales de índole procesal: la acción o derecho a la tutela judicial, y un derecho a un debido o justo proceso.
Andrés Bordalí Salamanca, *el recurso de protección como proceso de urgencia*. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 31 Nº 2 (2004), Santiago, Chile; página 271.

convivencia social[360]*, lo que es un contrasentido, pues nuestra propia Carta fundamental es de corte personalista -lo que implica que el Estado está para servirle, respetarla y protegerla-, concibiendo al Estado como un instrumento al servicio de la persona humana.*

Así entonces, si se tiene que ayudar a la naturaleza para descontaminarla, porque su capacidad de asimilación de contaminantes no permite mantener en equilibrio el sistema ambiental, demuestra lo permisivas que son aquellas y evidencian que es necesaria su adecuación a estándares más estrictos en materia de contaminación.

Si es necesaria una *biorremedación asistida o intervenida por el hombre*, una vez que se ha verificado la contaminación, estaremos en presencia de *una legislación sin contenido ambiental ni humano*, pues carecería tal normativa de principios ambientales básicos que las orientan, sirven de interpretación y concreción de valores tan elementales como la *dignidad humana*. Carecería de principios ambientales como el de prevención, precaución, desarrollo sustentable, quién contamina paga y otros relacionados con ellos, es decir, *estaríamos en presencia de cualquier tipo de norma jurídica pero menos de una con esencia ambiental*, que son aquellas necesarias para mantener el equilibrio de nuestro entorno y que son coherentes y se encuentran subordinadas a los valores positivados en nuestra Carta Fundamental, los principios constitucionales que orientan la producción normativa, ayudando a concretizar tales valores y sirven de elemento de interpretación de los demás preceptos constitucionales, como el artículo 19 Nº 8, que por lo demás, al ser precepto constitucional deben subordinarse a él y por cierto a nuestra Carta, *toda la normativa legal e infralegal* a fin

[360] Ya en 1949, un notable jurista latinoamericano expresaba que "cada abogado, en su condición de hombre, puede tener la fe que su conciencia le indique. Pero en su condición de abogado, debe tener fe en el derecho, porque hasta ahora el hombre no ha encontrado en su larga y conmovedora aventura sobre la tierra, ningún instrumento que le asegure mejor la convivencia. La razón del más fuerte no es solamente la ley de la brutalidad, sino también la ley de la angustiosa incertidumbre….La fe en la paz proviene de la convicción de que también la paz es un valor en el orden humano. Sustitutivo bondadoso de la justicia, invita a renunciar de tanto en tanto a una parte de los bienes, para asegurarse aquello que está prometido en la tierra a los hombres de buena voluntad". "Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia como destino normal del derecho; en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz". Eduardo J. Couture, *los mandamientos del abogado*. Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Tomo XXVII Nº 1 y 2 (1949) Buenos Aires, Argentina; página 20 y 21.

de alcanzar el amparo y protección no sólo de éste derecho esencial sino de todos aquellos reconocidos por nuestra Carta Fundamental y también de aquellos no expresamente destacados por el texto supremo, en virtud del artículo 5 inciso segundo.

En éste mismo sentido advertía por aquellos años el profesor Mario Jarpa Fernández: "*Mientras no estemos conscientes del problema y sepamos cómo enfrentarlo, habrá intereses creados en contaminar, sea por codicia o necesidad, y el derecho, enfrentado con posiciones contradictorias y con peticiones que no es posible armonizar, eludirá una respuesta categórica y permitirá que las cosas sigan su curso normal. Basta recordar lo que ocurrió con la esclavitud para no forjarse ilusiones*"[361].

3º.1.- Objeto del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

3º.1.1.- Planteamiento de Evans de la Cuadra y de la mayoría de la doctrina nacional

Para la mayoría de los autores como el propio *Evans de la Cuadra* que representan la doctrina tradicional, la que es seguida además, por nuestra jurisprudencia en la mayoría de sus sentencias, estiman que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho específico para las personas naturales, para los seres humanos, *consecuencia del derecho a la vida, a la integridad física o psíquica y del derecho de salud.* Por consiguiente no es un precepto de carácter económico sino el reconocimiento de un derecho humano y no beneficia a las personas jurídicas sino sólo a las personas naturales[362].

[361] Mario Jarpa Fernández, Ob.Cit. en nota 358; página 117.
[362] Enrique Evans de la Cuadra, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Su real alcance*. Temas de Derecho Universidad Gabriela Mistral, vol. VIII Nº 1 enero-junio (1993) Santiago, Chile; página 82.

Para ésta doctrina lo garantizado por el artículo 19 Nº 8 es sólo el bien jurídico de vivir en un ambiente libre de contaminación *y no alcanza, por tanto, a otros valores ecológicos y de preservación o conservación del patrimonio natural o cultural. La tutela jurídica de la naturaleza es un encargo al Estado, pero no adquiere en el texto constitucional caracteres de un derecho reconocido o asegurado a los seres humanos*[363].

Lo que la Constitución asegura es el derecho a un medio ambiente en que se esté produciendo un proceso de limpieza y purificación del ambiente en que viven las personas. La Carta Fundamental *no pretende cautelar en forma concreta otros bienes jurídicos como las bellezas naturales, el paisaje, la intangibilidad y preservación de los recursos que la naturaleza pone a disposición de los hombres, de la aguas, de los bosques, o la defensa de una política ecológica determinada*.

Estos son elementos de vida social que pueden ser protegidos por *textos legales* en que se cumpla el encargo hecho al Estado de tutelar la preservación de la naturaleza[364]. La redacción del artículo 19 Nº 8, la referencia en su Nº 24 al contemplar entre los valores constitutivos de la función social de la propiedad *la conservación del patrimonio ambiental* y el artículo 20 inciso segundo que ratifican que el bien jurídico cautelado por la Constitución como *derecho humano* es el ambiente libre de contaminación *y no otros valores sociales de carácter ecológico*, que siendo muy importantes, no alcanzan la dimensión jurídica de una garantía constitucional asegurada a los seres humanos, *aunque pueden ser cautelados por el Estado a través de legislaciones especiales*[365].

La conservación del patrimonio ambiental debe entenderse que importa el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y de los demás componentes del medio ambiente, *asegurando su permanencia y capacidad de regeneración* para el

[363] Idem.; página 83.
[364] Ibidem.
[365] Ibidem.

desarrollo del país, esto es, basado en el *desarrollo sustentable* que es perfectamente conciliable con la preceptiva constitucional, destinada a la protección de los seres humanos, la defensa y conservación del medio ambiente no contaminado, que no excluye, y por el contrario permite expresamente la utilización y aprovechamiento de los recursos naturales para el desarrollo del país[366].

En palabras del profesor *Bordalí* la mayoría de la doctrina y jurisprudencia chilena entiende que lo que se protege con el derecho al medio ambiente libre de contaminación *es la vida, integridad física o psíquica, o la salud de las personas*, pero no algo distinto, por lo que se deduce que *no se concibe como un bien jurídico protegido autónomo*. Una parte minoritaria de la doctrina postula que el bien jurídico protegido por éste derecho fundamental son otras *esferas de libertad de las personas* distintas de las que se entienden protegidas, como se destaca supra. Esta posición entiende que el derecho a vivir en un medio ambiente incontaminado protege un bien jurídico autónomo[367], posición que sigue el profesor *Bordalí*, argumentando que si el bien jurídico protegido por éste derecho ya está suficientemente reconocido por la *Primera Norma* ¿para qué requeriría de un nuevo derecho que contribuyera a su defensa? Sostiene que la idea de concebir a éste derecho como instrumento de garantía de otros derechos no tiene sentido. A su juicio, *en un catálogo de derechos fundamentales reconocidos, ningún derecho puede subsumir o reemplazar a otro*, lo cual no quiere decir que se niegue su relación y que por unos mismos hechos se puedan ver afectados conjuntamente varios derechos[368].

3º.1.2.- Planteamiento del profesor Jorge Bermúdez Soto

[366] Idem.; página 84.
[367] Andrés Bordalí Salamanca, *tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Editorial Fallos del Mes Ltda., 1ª edición (2004) Santiago, Chile; página 108 y 109.
[368] Idem.; página 111.

El profesor *Bermúdez* a propósito del objeto del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, es decir, a la materia incluida en él, en que consiste y cual es su extensión expresa que "el problema se soluciona con la sola lectura del propio artículo 19 Nº 8"[369]. Agrega el autor que el derecho constitucional que se establece es a *vivir*, es decir, lo que se consagra no es un derecho a un medio ambiente incontaminado, *sino el derecho a vivir en él*. Con ello se pone de relieve que éste derecho tiene un *contenido netamente antropocéntrico*, sus titulares son los hombres y mujeres -todas las personas naturales excluyéndose las jurídicas[370], que evidentemente podrán recurrir en representación del titular del derecho afectado, pero ello es consecuencia de la aplicación de las normas de derecho común y no de que sean titulares del derecho subjetivo-.

El origen del derecho en cuestión se encuentra en la propia naturaleza humana, es consustancial a la humanidad, al carácter de hombre y mujer, *cuestión que no es indiferente* ya que el artículo 5 inciso segundo considera como uno de los límites al ejercicio de la soberanía, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana[371].

Se debe destacar –a juicio del profesor Bermúdez- que no procede invocar éste derecho con un afán meramente protector de la naturaleza en cuanto bien jurídico en sí mismo tutelado, bien jurídico que conforme al artículo 19 Nº 8 inciso primero corresponde al Estado tutelar[372] la *preservación de la naturaleza*[373].

---

[369] Jorge Bermúdez Soto, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI (2000) Valparaíso, Chile; página 10.

[370] En este sentido el profesor Jorge Bermúdez Soto cita una Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 15 de Diciembre de 1993 en la que el Tribunal de Alzada considera que "siendo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación propio de las personas naturales, porque emana de la naturaleza humana, el que deduce el recurso por sí o por medio de un tercero que lo hace en su nombre, además de afectado ha de ser persona natural". Jorge Bermúdez Soto, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI (2000) Valparaíso, Chile; página 11.

[371] Idem.; al pie de la página 11.

[372] Idem.; página 11.

[373] El término *preservación de la naturaleza* como un deber del Estado, fue debatido por los comisionados, aludiéndose primitivamente a él, como sinónimo de recursos naturales, elementos naturales y finalmente se arriba al concepto *naturaleza* concebido en términos generales. Así se desprende de la lectura de la Sesión Nº 186: "El *Sr. Ortúzar* expresa que dará lectura a la indicación para ver si hay alguna enmienda que introducir. Su inciso primero establece: "el derecho a vivir en un medio ambiente

Siempre la invocación debe ser entendida en relación con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y no a un medio ambiente sin contaminar aisladamente considerado.

El medio ambiente en cuanto a tal es un bien jurídico colectivo, sin embargo, *para obtener su amparo o garantía no basta ésta titularidad genérica o erga omnes, es necesario invocar un derecho subjetivo que efectivamente fue afectado*. Hasta ahora *la subjetividad jurídica sólo ha sido reconocida para las personas naturales*(o físicas), en cambio la personas jurídicas, los objetos, los animales y vegetales, en definitiva, *los ecosistemas son objetos del derecho, careciendo de derechos subjetivos per se. Por ésta razón la forma de proteger constitucionalmente el objeto de derecho llamado medio ambiente, es adscribiéndolo a un derecho subjetivo constitucional*[374]. Consecuentemente la extensión de la tutela del objeto -bien jurídico protegido medio ambiente-, depende de lo que entendamos por *vivir* en un medio ambiente libre de contaminación, y además por los elementos que se integren en el concepto de medio ambiente, los que le darán el contenido a dicho derecho[375].

Una perspectiva restrictiva del objeto del derecho a vivir en un media ambiente libre de contaminación comprende sólo el entorno más inmediato[376] del individuo titular del

---

libre de contaminación. Corresponde al Estado velar para que éste derecho no sea afectado y tutelar *la preservación de los recursos naturales*". Al respecto el *Sr. Silva Bascuñan* expresa que: "…al emplear la expresión recursos naturales, la Comisión se estaría refiriendo por lo menos en la redacción, *no sólo a los puramente ambientales, sino también a otros, como por ejemplo las riquezas mineras*. El *Sr. Ortúzar* señala que: "*por recursos naturales se entiende, en términos generales y amplios*, la tierra, el agua, el aire, la flora, la fauna, etcétera". El comisionado *Silva Bascuñan* propone "*reemplazar tal expresión por elementos naturales*". El *Sr. Guzmán* opina que: "tal vez la Comisión podría referirse a la *preservación de la naturaleza,*…la *expresión naturaleza, cuando se usa sin calificativos, significa el aire, agua, etcétera*". El *Sr. Ortúzar* expresa que: "si le parece a la Comisión, *se sustituiría la expresión recursos naturales, por el sustantivo naturaleza*".
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-;
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; página 20 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[374] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 11.

[375] Ibidem.

[376] En este sentido el profesor *Jorge Bermúdez Soto* cita al pie un comentario de *Eduardo Soto Kloss* a la Sentencia de 22 de junio de 1992 de la Corte de Apelaciones de Copiapó en la Revista Derecho y Jurisprudencia Nº 89, pp. 354 y ss.; expresando que: "la contaminación de que se trata de proteger al hombre por el 19 Nº 8 y por el art. 20 de la Carta Fundamental, ha de significarle al ser humano, es decir, a la persona, un menoscabo o agravio en su naturaleza, sea en su corporeidad/integridad física, sea en su constitutivo psicológico/integridad psíquica, de allí que su ambiente, es el que ha de ser afectado, en el que vive y desarrolla sus actividades, ya lugar de trabajo o bien de descanso, esparcimiento o recreación". Jorge Bermúdez Soto, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI (2000) Valparaíso, Chile; cita al pie página 12.

derecho, esto es, el derecho a vivir, particularización del derecho a la vida, *derecho que es presupuesto para la vigencia de los demás derechos fundamentales de la persona*, y es la base de todo el edificio jurídico, ya que *en el se asienta la subjetividad jurídica de la persona*, y sobre el soporte de éste derecho se van articulando los demás derechos, primero los considerados esenciales que emanan de la naturaleza humana, luego los demás derechos constitucionales y derechos subjetivos. Así entonces, decir vida, importa decir ser humano, por el hecho de ser persona se tiene derecho a la vida[377].

Sin embargo una perspectiva tan restrictiva lleva a privar de virtualidad jurídica al derecho al medio ambiente libre de contaminación, toda vez que las esferas de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, coincidirían con esferas ya protegidas por otros derechos[378]. Agrega el profesor *Jorge Bermúdez Soto* que podríamos preguntarnos ¿cómo se relaciona éste derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la vida? En el fondo expresa el autor que lo que se quiere sostener es que hablar del derecho a la vida -a secas- importa el derecho a la humanidad, a ser persona humana. *En cambio, cuando se dice que se tiene un derecho a vivir, se está refiriendo a la vida o humanidad en movimiento, a que tenga esa existencia con unas determinadas condiciones o substancias que le confieren una cualidad*, por ello, podrá ser una vida digna, libre, saludable, en un medio ambiente incontaminado, etc.[379]

Comenta el profesor Bermúdez, que cada uno de los derechos -del catalogo- *irá aportando una cualidad a ese derecho a la vida*, así por ejemplo el derecho a la salud le otorga la cualidad de vida saludable, el derecho a la libertad otorga el libre albedrío, el derecho a la educación una vida culta, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, le proporcionada una vida o existencia humana con cualidades y

[377] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 12.
[378] Ibidem.
[379] Idem.; página 13.

condiciones que sólo pueden obtenerse si ésta se desarrolla o se pone en movimiento en un medio ambiente libre de contaminación[380].

La persona humana se desarrolla en un entorno o hábitat con una cualidad bien definida, libre de contaminación[381].

El profesor Bermúdez al desarrollar una perspectiva amplia del objeto del derecho a vivir en un entorno libre de contaminación expresa que "una perspectiva que podría denominarse *ecologista*, no sólo rechaza una asimilación del derecho a vivir en medio ambiente incontaminado con el derecho a la vida, sino que considera el derecho objeto de nuestro estudio, de forma más amplia, *toda vez que su punto de partida está en el concepto mismo del medio ambiente*…"[382]. Esta visión amplia del objeto del derecho debe ser apreciada desde una doble perspectiva: "…carácter sistémico y complejo que el entorno comporta, la vinculación de los distintos sistemas y subsistemas ecológicos, lleva a entender que en la biosfera todos los ecosistemas se encuentran relacionados...". "…cualquier alteración del medio tiene consecuencias que en una mayor o menor intensidad tendrán repercusión en el orden planetario y en definitiva a afectarán a un derecho al medio ambiente libre de contaminación"[383].

"La segunda perspectiva de la concepción amplia del medio ambiente dice relación con el conjunto de aspectos o materias que pueden ser alcanzados por el mismo. En efecto el medio ambiente como relación sistémica que es, se desgrana en una amplitud de elementos que ya son objeto de regulación particular por otras ramas del derecho. No sólo los elementos que comprende el entorno se ven afectados por las regulaciones sectoriales, sino también la mayor parte de las actividades económicas, dada la repercusión ambiental que pueden tener. Ello trae como consecuencia que el radio de acción del derecho a un medio ambiente libre de contaminación se amplíe

[380] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 13.
[381] Idem.; página 14.
[382] Ibidem.
[383] Idem.; página 15.

indefinidamente, ya que toda la actividad tendrá una relación más o menos cercana con el entorno. Sin embargo esta visión ecologista del medio ambiente o de sistema omnicomprensivo no es fácilmente engarzable en un ordenamiento jurídico con vocación nacional. Tanto la anterior perspectiva-restrictiva-como la ecológica resultan contraproducentes para una efectiva protección del medio ambiente, sobre todo esta última que al expandir tanto el área de influencia del derecho, basado en los elementos en que se fragmenta el medio ambiente, *equivale a decir, que medio ambiente es todo, pero también nada, dada la imposibilidad de particularizarlo en elementos concretos que permitan articular mecanismos de protección jurídica*[384].

Por lo anteriormente expresado el profesor *Bermúdez* se inclina por una posición intermedia en orden a la extensión del objeto sobre el que se ejerce este derecho. Así entonces no puede ser un derecho tan restrictivo en orden a que se confunda con otros derechos, ni tampoco puede ser considerado tan ampliamente que haga que su protección sea ilusoria, es decir, no se puede considerar cualquier alteración del medio, donde y cómo sea que ella se produzca, afecta a tal derecho y por tanto activa los mecanismos de protección constitucional[385]. Así entonces, la idea que se debe rescatar es la del medio ambiente vinculado o relacionado al ser humano, entorno que resulta necesario para que éste desarrolle sus potencialidades, aquella porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra en forma adyacente al ser humano, la cual no se reduce a la residencia ni lugar en que desarrolla sus actividades, es decir, no se reduce a su entorno inmediato necesario para la vida para la vida, sino también el lugar necesario para que el individuo se desarrolle, es decir, el espacio que necesita para desplegar sus potencialidades, en definitiva el entorno necesario para alcanzar la

[384] Ibidem.
[385] Idem.; página 16.

mayor realización espiritual y material posible[386]. El autor destaca que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no se está protegiendo el circulo más cercano protegido por otros derechos de primera generación, ni tampoco el medio ambiente como sistema global per se. Agrega que la idea abstracta de entorno adyacente puede ser delimitada positiva o negativamente. Positivamente en cuanto el entorno adyacente corresponde a una esfera de intereses que excede a lo que inmediatamente está en relación con el ser humano, esto es, su domicilio, lugares de trabajo y recreo-esferas que están protegidas por otros derechos (vida, libertad, intimidad, propiedad). Negativamente por el *elemento previsibilidad de la afectación*, es decir, bajo las circunstancias habituales frente a un hecho determinado puede esperarse racionalmente que ocurra una afectación al derecho. Lo que exceda de esa previsibilidad o conjetura no podría quedar amparado en esta noción de entorno adyacente[387]-[388].

El autor trae a colación la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de 28 de diciembre de 1992 -Albornoz con Sociedad Maderera de Aysen- en la cual expresa que se contiene implícitamente el concepto de previsibilidad en la afectación del derecho al medio ambiente libre de contaminación como presupuestos para admitir la tutela del mismo. La Sentencia del Tribunal de Alzada[389]no acoge el recurso de protección

[386] Ibidem.
[387] Idem.; página 17.
[388] El profesor *Bermúdez* esboza el siguiente ejemplo para explicar el concepto de entorno adyacente: "si se produce un vertido tóxico en un lago y éste muere, aquellos quienes utilizaban sus aguas para beber no necesitan esgrimir su derecho a un medio ambiente libre de contaminación para proteger su interés, les basta con el derecho a la vida y a la integridad física, que serán los derechos principal y directamente afectados. Aquellos que desarrollaban una actividad piscícola podrán esgrimir su derecho de propiedad o el derecho a desarrollar una actividad económica lícita. Por el contrario, el ciudadano que pescaba en el río que era afluente del lago, o que tenía por costumbre pasear por los márgenes de dicho río o fotografiar las aves que se alimentaban de sus peces, no podría esgrimir más derechos que el artículo 19 Nº 8. Y ello porque su afectación no se produce en su esfera más inmediata, sino que en aquella más lejana representada por lo que se ha denominado entorno adyacente. Es bastante previsible que al morir el ecosistema lacustre también se vea afectado el ecosistema fluvial, por lo que la calidad de vida de éste ciudadano disminuiría de forma considerable al no contar con éste espacio que le venía garantizado por su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sin embargo no es previsible, que se afectara por el hecho contaminante el derecho de un ciudadano cuyas actividades las desarrollaba en un río que no tenía la calidad de afluente del lago contaminado, ya que respecto de éste último, al producirse la afectación fuera de su entorno adyacente, carecería de legitimación para reclamar la afectación, dado que éstas esferas tan lejanas, no vienen cubiertas por el derecho del artículo 19 Nº 8. Jorge Bermúdez Soto, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI (2000) Valparaíso, Chile; página 17 y 18.
[389] Esta Sentencia es citada por el profesor *Jorge Bermúdez Soto*, en lo terminos que se lee a continuación: "procede desestimar la alegación de la recurrente de que el hecho denunciado vulnere su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación,

deducido por los recurrentes basado en el derecho a vivir en un medio libre de contaminación, ya que, considera que *no cabe suponer que la mera corta de árboles de un bosque contamine un medio ambiente determinado* y porque en el supuesto que así fuera, *tampoco prosperaría la alegación, toda vez que el derecho a recurrir lo tiene el directamente afectado*. Sin embargo la Corte acoge éste recurso por haber sido vulnerado el derecho de propiedad de los recurrentes, lo que a juicio del profesor *Bermúdez* estima que no toda acción puede ser constitutiva de vulneración al derecho al medio ambiente libre de contaminación, sino aquellas de carácter más trascendente y que previsiblemente puedan constituir una afectación al derecho. La tala de árboles no afecta el entorno adyacente de los recurrentes, ya que éstos tienen su residencia a más de mil kilómetros de lugar de los hechos, no son directamente afectados en su derecho. A su juicio al ser acogido el recurso de protección por vulnerarse el derecho de propiedad de los recurrentes, confirma que esa esfera de intereses inmediata de los recurrentes, en éste caso, la constituida por su patrimonio, si había sido afectada por el hecho causal, estando esta protegida por el derecho de propiedad[390].

Lo que comprende el medio ambiente, su contenido y elementos componentes es una cuestión de vital importancia si se considera que la delimitación del contenido de éste derecho determinará en definitiva la extensión de las posibilidades de tutela del mismo. Su contenido ha sido definido legalmente[391] en la ley 19300, definición de medio ambiente que tiene relevancia no sólo porque se trate de la más autorizada de las

---

consagrado en el artículo 19 Nº 8 de la Carta Fundamental, puesto que no cabe suponer que la *mera corta de cierta cantidad de árboles de un bosque contamine-por sí sólo-un medio ambiente determinado* y, porque en el supuesto que así fuera, tampoco podría prosperar tal alegación, toda vez que el derecho a recurrir de protección solamente lo tiene quién es directamente afectado por el hecho de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución Política, calidad que no tienen los recurrentes quienes según sus propias declaraciones viven en San Bernardo y no podría ser afectados con una eventual contaminación del medio ambiente ocurrida en Aysen distante más de mil kilómetros de la Región Metropolitana. Jorge Bermúdez Soto, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI (2000) Valparaíso, Chile; página 18.

[390] Idem.; página 18 y 19.

[391] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, señala en su artículo 2º letra ll), que para todos los efectos legales, se entenderá por *Medio Ambiente*: "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones".

interpretaciones -la *legal*-, sino también según lo previsto en el artículo 1º de la ley 19300[392], el contenido del derecho al medio ambiente se regulará por las disposiciones de la propia ley[393].

Esta definición legal de medio ambiente no sólo incluye elementos naturales, sino también elementos artificiales de carácter sociocultural, ello quiere decir, que el entorno que importa a efectos de éste derecho no sólo es el comprendido por los ecosistemas de carácter natural, sino también queda al amparo el medio artificial y sociocultural creado por el ser humano-ciudades, áreas urbanas y todas las obras creadas por el hombre-.[394]

Es una noción amplia que alude a un *sistema global, lugar en que se producen las distintas interacciones de los subsistemas que lo componen*. Los elementos que integran éste sistema por cuya interacción o modificación se rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones, una de las cuales es la vida humana que sobre ella también influye el medio ambiente[395].

La finalidad de éste derecho a un entorno libre de contaminación no es lograr un ambiente incontaminado, lo que es imposible técnicamente -*pues donde llega la mano del hombre, llega la degradación del medio*-, sino aquél en que la contaminación se mantiene en niveles aceptables o si se quiere, aquél en que las concentraciones de contaminantes *se mantienen en un rango y por períodos que no constituyen un riesgo para la salud humana, la calidad de vida de la población, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental*. De la definición de medio ambiente libre de contaminación[396] que dispone la ley 19300, el profesor *Bermúdez*

[392] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 1º que: "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental *se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia*".
[393] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 19.
[394] Idem.; página 20.
[395] Idem.; página 20 y 21.
[396] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 2º letra m), que para todos los efectos legales, se entenderá por *Medio Ambiente Libre de Contaminación*: "aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud

plantea que esta definición es una *interpretación legal o auténtica* de la norma constitucional, ya que el legislador dispone para todos los efectos legales, el sentido y alcance de ésta definición[397]. Así entonces se incorpora la idea de protección anticipada de los bienes jurídicos, toda vez, que los niveles de contaminación no deben constituir un riesgo, ni tampoco afectar bienes jurídicos protegidos sobre los que se proyecta la norma legal-salud, calidad de vida, preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental-. Luego el autor expresa que surge un problema conforme a la definición de medio ambiente libre de contaminación, pues se debe optar por uno de éstos conceptos-riesgo para la salud de las personas, calidad de vida de la población, preservación de la naturaleza o conservación del patrimonio ambiental- para fijar el nivel en que se entiende que hay un ambiente incontaminado, porque los niveles y períodos de contaminación aceptables para la salud humana son distintos de aquellos exigidos como aceptables para la calidad de vida de la población[398]. Una buena calidad de vida supone unos máximos de concentración bastante bajos-una norma muy estricta- en cambio, la mantención de la salud sólo exige unos niveles meramente aceptables. Es más si se tiene en cuenta el concepto del *entorno adyacente* como objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en aquellos casos que los niveles de contaminación sean tan altos que afecten la salud humana, no se activará el mecanismo de protección que concede la garantía constitucional del artículo 19 Nº 8, sino que directamente el 19 Nº 1 -derecho a la vida- o el 19 Nº 9 -derecho a la salud-, por consiguiente, si entendemos que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación protege algo distinto a la vida, integridad física y psíquica, salud, etc., es ilógico recurrir a un nivel de contaminación sobre el cual lo que se vulnera directamente son estos derechos y no el derecho al medio ambiente incontaminado. *El*

de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental".

[397] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 21.

[398] Idem.; página 22.

legislador debió haber dicho que medio ambiente libre de contaminación es aquel en que los niveles contaminantes son inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo para la calidad de vida de la población. La calidad de vida *subyace* en un medio incontaminado, y permite al ser humano su desarrollo, despliegue de sus potencialidades en un entorno con baja contaminación. Su vida en movimiento tendrá mejor calidad si se respetan unos niveles máximos de contaminación del entorno[399].

En cuento a los conceptos preservación de la naturaleza[400] y conservación del patrimonio ambiental[401] definidos por la ley de Bases Generales del Medio Ambiente, el profesor *Bermúdez* señala que el problema de estos conceptos radica en que tienen niveles de contaminación muy distintos, toda vez que la preservación discurre sobre niveles muy exigentes-se deben mantener los ecosistemas-, en cambio, la conservación del patrimonio ambiental importa utilizar racionalmente los elementos del medio ambiente basados en la exigencia de un desarrollo sustentable[402].

Agrega el autor que, el legislador complicó aun más las cosas al no establecer 4 niveles distintos de contaminación para cada uno de los conceptos destacados, sin embargo la ley 19300 establece dos; la norma primaria de calidad ambiental[403] y la norma secundaria de calidad ambiental[404]. La primera de las normas establece los niveles de

[399] Idem.; página 22 y 23.
[400] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 2º letra p), que para todos los efectos legales, se entenderá por *Preservación de la Naturaleza*: "el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, *destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país*".
[401] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 2º letra b), que para todos los efectos legales, se entenderá por *Conservación del Patrimonio Ambiental*: "el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración".
[402] Jorge Bermúdez Soto, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI (2000) Valparaíso, Chile; página 23.
[403] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 2º letra n), que para todos los efectos legales, se entenderá por *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".
[404] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 2º letra ñ), que para todos los efectos legales, se entenderá por *Norma Secundaria de Calidad Ambiental*: "aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o

contaminación sobre los cuales se entiende que hay un riesgo para la vida o salud de las personas-para éste autor la norma primaria no se refiere a la calidad de vida- y la segunda señala los niveles de contaminantes que superados ponen en riesgo la protección[405] o conservación del medio ambiente o preservación de la naturaleza[406]. Se debe entender que conservación del patrimonio ambiental es sinónimo de conservación del medio ambiente, pues es la única forma de entender que la idea de desarrollo sustentable que subyace en el concepto de conservación de patrimonio ambiental está presente en las normas secundarias de calidad ambiental. El profesor *Jorge Bermúdez Soto* concluye su análisis expresando que "si el constituyente estableció un derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, lo hizo como un derecho subjetivo-constitucional autónomo, distinto y con esferas de protección diversas a las que brindan otros derechos, tales como el derecho a la vida, la integridad física y psíquica y la salud[407].

3º.1.3.- Planteamiento del profesor *Andrés Bordalí Salamanca*

El profesor *Bordalí* expresa que en nuestro país parte importante de la doctrina ha reconocido un carácter complejo a éste derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. *Es entendido como un derecho subjetivo de libertad* en lo que dice relación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, *y como un derecho social* en lo que dice relación con el deber del Estado de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza[408]-[409]. El profesor sostiene que el derecho

combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza".

[405] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 2º letra q), que para todos los efectos legales, se entenderá por *Protección del Medio Ambiente*: "el conjunto de políticas, planes, programas, *normas y acciones* destinados a *mejorar* el medio ambiente y *a prevenir y controlar* su deterioro".

[406] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 23 y 24.

[407] Idem.; página 25.

[408] Andrés Bordalí Salamanca, Ob.Cit. en nota 367; página 100.

fundamental colectivo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación puede ser entendido como un derecho subjetivo por el que *se solicita al Estado y a todos los ciudadanos que no afecten o empeoren la calidad de vida del titular del derecho en su relación con el medio ambiente*. La faceta del derecho social *se inferiría de un deber estatal*, velar por su no afectación y tutelar la preservación de la naturaleza[410]. Agrega -refiriéndose a la titularidad de éste derecho fundamental-, que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho que sólo puede ser disfrutado por personas naturales, puesto que se trata de un derecho a vivir con una relación con el ambiente en términos de calidad o con bienestar, lo que supone un disfrute, una especial capacidad sensitiva y también unas características biológicas para relacionarse con el medio, relación que naturalmente sólo pueden tener los seres humanos y no los entes ficticios[411].

En cuanto al contenido del derecho fundamental colectivo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación la doctrina y jurisprudencia han estado divididas. Así entonces si se entiende que el objeto de éste derecho es el bienestar o calidad de vida, será necesario aclarar si dicho bienestar se afectaría sólo cuando se contamina el medio ambiente, o bien cuando, además de dicha contaminación, por cualquier otro modo, se afectan sus diversos componentes[412].

---

[409] El profesor Bordalí alude a una sentencia de la Corte Suprema-Horvarth y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente- que reconocería el carácter complejo de éste derecho y que va más allá ese carácter defensivo de libertad, sentencia de la Corte Suprema-*RDJGT, Tomo XCIV, Nº 1:Enero-Abril, 1997*- en la que se lee a continuación lo siguiente: "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación *es un derecho humano con rango constitucional*, el que presenta un doble carácter: *derecho subjetivo público y derecho colectivo público.* El primer aspecto se caracteriza *porque su ejercicio corresponde* como lo señala el artículo 19 de la Carta Fundamental *a todas las personas*, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad a través de los recursos ordinarios y el recurso de protección. Y en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, *él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de tipo colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, y ello es así porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras*".

[410] Andrés Bordalí Salamanca, Ob.Cit. en nota 367; página 102.

[411] Idem.; página 104.

[412] Idem.; página 121.

De lo anterior el profesor *Bordalí* extrae dos interpretaciones acerca del contenido de éste derecho fundamental; una *interpretación restringida de su contenido*, que considera sólo la eliminación o reducción de la contaminación, preservando el equilibrio en la naturaleza[413], expresando al pie, al comentar una sentencia que: "según éste tribunal el derecho comprende el hecho de vivir en un ambiente sin contaminación y en preservar de dicha contaminación a la naturaleza misma. *No se trataría de preservar la naturaleza de cualquier alteración o daño, sino sólo preservarla del hecho de la contaminación*. Por ello, sólo la contaminación es el hecho que puede afectar el bienestar o calidad de vida de las personas"[414]. El contenido de éste derecho habría que entenderlo con un contenido relativo y no absoluto, puesto que lo que la Constitución protegería no sería un derecho a vivir en un ambiente *carente de toda contaminación*, sino por el contrario que *las personas vivan en un medio ambiente sano* que permita el desarrollo de la vida humana en condiciones normales, *y ello sería compatible con algunos niveles de contaminación ambiental que, además de ser insuperables o inevitables, no sean peligrosos para el ser humano*[415]. Como consecuencia de lo anterior, existirán conductas humanas que si bien contaminan el medio ambiente, no atentan contra el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Por tanto existirá un tipo de contaminación que se considera legítimo, y para saber un nivel de contaminación ilegítimo, debemos considerar el bien jurídico protegido por éste derecho fundamental, ya que si se entiende que es la vida o salud de las personas -bien jurídico no autónomo-, el nivel ilegítimo de contaminación será bastante mayor que si se considera como objeto de éste derecho, el bienestar o calidad de vida de las

[413] Idem.; página 121 y 122.
[414] El profesor expresa el comentario destacado, al referirse a la sentencia *Flores con Codelco Chile División El Salvador*-RDJGT, Tomo LXXXV, Nº 2 mayo-agosto (1988)-. Andrés Bordalí Salamanca, *tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Editorial Fallos del Mes Ltda., 1ª edición (2004) Santiago, Chile; al pie de páginas 122 y 123.
[415] Idem.; página 123.

personas -bien jurídico autónomo-, que tolera por cierto, estándares más bajos en ésta materia[416]. Finalmente destacaremos en este punto que deben dictarse distintas normativas-niveles de contaminación a tolerar-para asegurar los diferentes bienes jurídicos protegidos-si se concibe a éste derecho cuyo objeto es un bien jurídico protegido autónomo-. No es lo mismo regular una contaminación que es capaz de terminar con la vida de las personas que aquella que es capaz de producir olores nauseabundos[417].

No obstante lo anterior, *una interpretación amplia de su contenido* -según un sector de la doctrina-, comprende un derecho fundamental que presenta un doble aspecto; *como derecho público subjetivo*-representado por la atribución de toda persona de vivir en un medio ambiente libre de contaminación- *y como un derecho social*-representado por el deber del Estado de orientar sus poderes a fin de que el medio ambiente no sea efectivamente contaminado y a fin de que la naturaleza sea preservada-. Esos dos ámbitos cubrirían este derecho esencial, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho de vivir en una naturaleza no alterada o preservada*[418]. Al respecto el profesor *Bordalí* señala que deben hacerse algunas presiciones.

Primero en cuanto a que el precepto constitucional especifica que el Estado debe velar para que éste derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado. Sin embargo -opina-, que esa declaración podría ser considerada como un *deber consustancial a todo Estado constitucional*, puesto que el Estado se constituye para asegurar y velar por los derechos fundamentales de las personas. Por ello -agrega-, que *la consagración de ese deber podría haber sido omitida en el texto constitucional*, lo que no significaría ninguna merma para el derecho fundamental, sin embargo, cree

[416] Idem.; página 124 y 125.
[417] Idem.; páginas 126.
[418] Idem.; páginas 131.

que se debe intentar justificar tal inclusión, que podría tener como fundamento demostrar la importancia que los redactores de la Carta Fundamental le dieron a la protección del medio ambiente, o bien podría fundamentarse en los artículos 1º y 5º de la Constitución, preceptos que interpretarían de mejor manera la configuración de un Estado social de derecho en el texto constitucional chileno, y en ese sentido el deber del Estado ya no consistiría en velar para que el derecho no sea afectado o en una declaración de reforzamiento del ámbito de garantía de un derecho ya existente, sino que consistiría éste deber en remover aquellos obstáculos materiales o económicos que impidan a las personas concretar el ejercicio y goce de un derecho de éste tipo[419].

Segundo, en orden a que el texto constitucional dispone que el Estado debe tutelar la preservación de la naturaleza, lo que configura un nuevo derecho o una nueva faceta del anterior: "un derecho a vivir en una naturaleza preservada o no alterada". Pero -destaca el profesor-, el derecho a gozar de una naturaleza preservada no necesariamente debe ser relacionada con la existencia de un derecho social, ya que por la acción de una persona determinada se puede alterar significativamente el paisaje -se construye una empresa petroquímica en las orillas de un lago de destino recreacional- y con ello el bienestar o calidad de vida de personas que viven en una relación directa y cercana con dicho bien. Estas acciones no son contaminantes, pero dañan la naturaleza como valor paisajístico y si en éste caso, alguien afectado reclama por ello, no pedirá una prestación del Estado para que mejore su calidad de vida, sino que solicitará al Estado que impida una acción que afecta un aspecto de su libertad -vivir con bienestar o tranquilidad- y como tal aquí no hay necesariamente un derecho social, sino otro aspecto de un derecho negativo de libertad. Entonces, según ésta orientación y con las presiciones formuladas el derecho fundamental en cuestión, considerado como un

[419] Idem.; página 131 y 132.

derecho negativo defensivo y como un derecho social, comprendería además de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el vivir en una naturaleza preservada o dañada[420].

En lo que respecta al segundo contenido del derecho fundamental, esto es, el aspecto de vivir en una naturaleza no dañada o preservada, ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional en algunos de sus fallos. Así entonces, se puede decir que se afecta la calidad de vida de las personas cuando se altera o afecta la naturaleza y como tal, disminuye el disfrute que se tenía con los bienes ambientales de dicho espacio natural[421]. Por último destacaremos que el profesor *Andrés Bordalí Salamanca* refiriéndose a ésta orientación jurisprudencial sostiene que: "efectivamente se puede concluir que las posiciones subjetivas de los habitantes del territorio del Estado Chileno en relación con los bienes ambientales, no se reducen sólo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino también en una naturaleza preservada. Sin embargo considero que el contenido del derecho fundamental colectivo a vivir en un ambiente libre de contaminación se agota precisamente en impedir dicha contaminación. La relación de los individuos con el hecho de vivir en una naturaleza preservada, de acuerdo con las prescripciones constitucionales, se comprende mejor si se considera que tales individuos tienen no ya un derecho fundamental-entendido como un derecho subjetivo-a esa naturaleza conservada o preservada, sino un interés legítimo, una especie de necesidad en tal conservación[422].

[420] Andrés Bordalí Salamanca, *tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Editorial Fallos del Mes Ltda., 1ª edición (2004) Santiago, Chile; páginas 133 y 134.
[421] Andrés Bordalí Salamanca, *tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Editorial Fallos del Mes Ltda., 1ª edición (2004) Santiago, Chile; páginas 134 y 135.
[422] Andrés Bordalí Salamanca, *tutela jurisdiccional del medio ambiente*. Editorial Fallos del Mes Ltda., 1ª edición (2004) Santiago, Chile; página 137.

3º.1.4.- Planteamiento de Rafael Vargas Miranda

Destacamos la opinión de *Rafael Vargas Miranda* quién adscribiendo a la postura minoritaria de la doctrina que cree en la autonomía del objeto de este derecho fundamental, es decir, desvinculándolo de los derecho a la vida, integridad física o psíquica, salud, o propiedad, sostiene que "*hoy en día, es imposible concebirlo como un derecho accesorio o complementario a otros*". Se trata de un derecho a vivir no sólo concebido como subsistencia, sino que se trata de existir con dignidad. Se trata de proteger el entorno en el cual se desarrolla el ser humano y no la naturaleza u otro valor natural, como podrá ser el patrimonio ambiental. A juicio del autor, esto no tiene discusión alguna, sin embargo-cree- nuestra doctrina tradicional ha olvidado algo fundamental, esto es, que si no respetamos y cuidamos nuestro entorno, no nos respetamos ni cuidamos a nosotros mismos, *pues en el ecosistema de nuestro planeta, ninguna especie sobra*[423]. La concepción antropocéntrica, bajo la cual se ha concebido éste derecho -siguiendo la doctrina minoritaria del bien jurídico protegido autónomo- nos indica que lo que se debe cautelar es el bienestar de la persona, la mayor realización de las capacidades de una persona o más específicamente la *calidad de vida*. Por este último termino bastante citado por lo demás en la ley de bases generales del medio ambiente, no se encuentra definido -agregamos, por lo tanto corresponderá a la jurisprudencia crear un concepto para una mejor interpretación del objeto de éste derecho-. Se hace alusión derechamente a la calidad de vida a partir de la Declaración de Estocolmo debido a su conexión con el principio del medio ambiente desarrollo sustentable. Además diversos conceptos se han esbozado para su mejor intelección; como satisfacción de las necesidades del hombre, y en éste sentido la calidad de vida va a depender de la dinámica satisfacción-insatisfacción de sus deseos; como

[423] Rafael Andrés Vargas Miranda, *el recurso de protección ambiental*. Editorial Metropolitana, 1ª edición (2005) Santiago, Chile; páginas 198 y 199.

comprendiendo valores, expectativas, creencias y diferentes satisfacciones a las que aspira un individuo en su dimensión subjetiva como también en relación a la cotidianeidad de una comunidad y su escala de valores sociales, étnicos y religiosos[424]. El autor entiende a la *calidad de vida como sinónimo de nivel de vida* en relación con dos aspectos de la existencia humana: *la posibilidad del pleno desarrollo de un ser humano y la satisfacción de la vida*. Este concepto es mucho más amplio que circunscribirlo sólo a un cierto grado de confort, estándar de vida, nivel económico o disponibilidad de recursos, es decir, no representa sólo factores económicos sino también la relación hombre-naturaleza, en consecuencia, comprende también valores ambientales, que permiten un desarrollo cultural, social, filosófico, político, científico permanente[425].

Finalmente el autor destaca un concepto de calidad de vida del profesor *Pedro Fernández Bitterlich* conforme a la interrelación hombre, entorno y calidad de vida ya mencionada; señalando que: "una aceptable calidad de vida podría permitirse cuando las necesidades materiales básicas como la salud, trabajo, vivienda, vestuario, y educación están satisfechas, como asimismo, si las necesidades inmateriales o subjetivas están presentes en el ser humano, como la justicia, la solidaridad, el amor, el ocio *y el gozo de la naturaleza y el medio ambiente.* Con todo, la satisfacción de dichas necesidades sólo mejorarán la calidad de vida si el individuo tiene libertad…"[426].

[424] Idem.; páginas 200-204.
[425] Idem.; página 205 y 206.
[426] Pedro Fernández Bitterlich, *hacia un concepto de calidad de vida,* citado al pie por Rafael Andrés Vargas Miranda, *el recurso de protección ambiental*. Editorial Metropolitana, 1ª edición (2005) Santiago, Chile; página 207.

3º.1.5.- Nuestro Planteamiento

Así entonces, después de todo lo anteriormente expresado, queremos proponer nuestra posición en cuanto al objeto jurídico protegido por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y su contenido.

3º.1.5.1.- Aspectos generales

Para desarrollar nuestra postura seguiremos al *profesor Rafael Valenzuela Fuenzalida en la fundamentación y entendimiento de la crisis ambiental y a la doctrina minoritaria en cuanto a su objeto autónomo*.

El profesor Valenzuela parte de la base que "el *problema ambiental* que encara la humanidad y que cierne tan oscuras perspectivas no sólo para el bienestar sino para la misma supervivencia de las generaciones humanas venideras, ha resultado de una confrontación entre el estilo del esfuerzo con que una población humana en permanente crecimiento ha buscado dar satisfacción a sus necesidades y aspiraciones y las limitaciones tanto cuantitativas como cualitativas que presenta para estos fines el sistema ambiental, que sirve de sustento a la existencia y desenvolvimiento de la humanidad"[427]. Puesto en otras palabras -dice-, las aspiraciones crecientes y los límites externos e internos son los elementos principales de la cuestión ambiental. Por *límites externos entiende que alude a la capacidad limitada de la biosfera* para satisfacer de manera continuada las exigencias que le va imponiendo la actividad humana y señalan *el punto a partir del cual un recurso no renovables se agota o un recurso renovable o un ecosistema pierden su capacidad de regenerarse o de cumplir sus funciones*

[427] Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. III (1979); página 175.

principales en los procesos biofísicos, amenazando con ello el bienestar si no la vida misma de los seres humanos[428].

El planeta, al fin de cuentas, tiene una capacidad y una tolerancia limitada y no puede hacer frente a un incremento indefinido e indiferenciado de los requerimientos que el hombre plantea a su sistema ambiental. La expresión *límites internos alude al imperativo en que se encuentran enfrentados los hombres de procurar satisfacción a sus necesidades humanas básicas* -alimentación, vivienda, salud, abrigo, educación, trabajo productivo creador-, necesidades de naturaleza biofísica que tienden a ser *complementadas con una referencia a otras necesidades básicas de carácter social*, tales como, recreación, ejercicio de libertades individuales y la posibilidad de participar en el sistema social existente. En ambos casos -límites externos e internos-, enfrentamos *verdaderos umbrales, más allá de los cuales los niveles sostenibles de pervivencia ecológica de la humanidad resultan gravemente comprometidos*[429].

La existencia de estos límites externos e internos, sin embargo, cuya conflictividad virtual quedó establecida al tiempo de la aparición del hombre sobre la tierra, no dio lugar a la configuración de un problema ambiental global sino desde el momento en que la humanidad comenzó a someterlos a una confrontación descontrolada y progresiva a escala planetaria.

Son muchos y de diversa índole, los factores que han concurrido a la gestación y desarrollo de este proceso, en donde el crecimiento de la población a ritmo exponencial[430], ha retroalimentado y multiplicado sus efectos ambientales combinados

[428] Idem.; página 175 y 176.
[429] Idem.; página 177.
[430] Explica el *profesor Valenzuela* que exponencial significa *que se incrementa en una proporción constante del total, en un período de tiempo también constante*. Cita al pie un ejemplo sacado del texto los límites del crecimiento-The limits to growth- de Donella H. Meadows y otros (1973); "una colonia de células en la que cada célula se divide en dos células más cada diez minutos, crece exponencialmente". Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. III (1979); página 178.

adversos[431], y podríamos agregar como bien lo destaca el profesor *Bordalí que* "*el problema medioambiental nace en el mundo moderno y tecnológico que se desarrollo a partir de la revolución industrial. Antes de éste período existía una cierta armonía entre naturaleza y los procesos productivos llevados a cabo por el ser humano, armonía que empieza a perderse con la utilización de tecnologías dotadas de un gran poder de intervención y alteración de la naturaleza*"[432].

En este mismo sentido el profesor *Valenzuela* destaca las críticas de *Manfred Max-Neef* a los sistemas de explotación económica expresando que " de una actitud primitiva de humildad y de búsqueda de protección ante un ambiente hostil que amenazaba su existencia de múltiples maneras, *el hombre ensoberbecido por el súbito incremento de su arsenal tecnológico, pasó bruscamente a una actitud contemporánea de dominación, caracterizada por un antropocentrismo arrogante que le llevo a olvidar su condición de huésped sobre la tierra*, sujeto por lo mismo, a sus condicionamientos funcionales, para hacerle creer que era su dueño y que podía someterla a su voluntad y antojo. Lo que sirvió de plataforma para un voraz asalto de los recursos naturales del planeta, *agravado por la sinonimia establecida entre lo bueno y lo más*, que condujo, como se ha mencionado, a la implantación generalizada de sistemas de explotación económica que, bajo la apariencia de buscar la satisfacción de las necesidades de consumo del hombre, *promovieron en el fondo, el incremento de éstas necesidades, para la satisfacción de los requerimientos de crecimiento de esos mismos sistemas*"[433].

[431] Ibidem.
[432] Andrés Bordalí Salamanca, *subdesarrollo y medioambiente*. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, vol. IV diciembre (1993) Valdivia, Chile; páginas 21-54. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0718-095019930001&lng=es&nrm=iso
La cita corresponde a la página 1 si se copia el texto y se traspasa a documento Word.
[433] Manfred Max-Neef, *ecodesarrollo y estilos de desarrollo*. Fao, consulta regional de expertos sobre el medio ambiente y desarrollo, llevada a cabo entre los días 5-10 de julio de 1976 en Bogotá, Colombia. Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. III (1979); página 216.

De cualquier manera, el agravamiento de éste conflicto entre el hombre y el medio ambiente, que a la par con el ensanchamiento de la brecha entre ricos y pobres se sitúa en el meollo de la crisis actual de la humanidad, *tienen su origen en último término, en la aceptación por el hombre de un orden valores equivocado que por la vía de reconocer prioridad a lo más sobre lo mejor, a la cantidad sobre la calidad y al tener sobre el ser*, ha desembocado en el establecimiento generalizado de modelos de crecimiento económico ajenos a sus verdaderos intereses *cuyos resultados, a la postre, han significado un auténtico saqueo al planeta y se han traducido más en la creación y atención de nuevas necesidades materiales superfluas que en la satisfacción de las necesidades humanas básicas*[434].

Manipulados al antojo de la racionalidad económica inherente a esta escala de valores, que busca la obtención de la utilidad máxima, en el menor tiempo posible, no importa cual sea el costo social y ambiental, *los recursos naturales han sido explotados de manera inexorable, para ser colocados a disposición de quienes pueden adquirirlos y no de quienes tienen verdadera necesidad de ellos*[435], convirtiéndose el hombre en causante de estragos ambientales solamente comparables en su magnitud y significación con los producidos en épocas pretéritas por las fuerzas geológicas, con la diferencia de que el hombre no ha dado tregua a la naturaleza para reponerse de los daños que le ha infligido, cuando éstos no han revestido el carácter de irreversibles, como ha acontecido en muchas ocasiones[436].

Por lo anteriormente expresado, cuando las personas no escuchan las prevenciones científicas más concluyentes y a los más preclaros planteamientos culturales, no queda

[434] Theodore Monod, el rey ha enloquecido; en Sicco Mansholt y otros, *Ecología y Revolución*, Edit. Universitaria, Santiago, Chile; página 104. Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*; página 182.
[435] Declaración de Cocoyoc, celebrada entre los días 8 al 12 de octubre de 1974, Cocoyoc, México. Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*; página 182.
[436] Kai Curry-Lindahl, *conservar para sobrevivir*. Editorial Diana 1974, México. Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*; página 182 y 183.

otra opción valedera a la sociedad para controlar su conducta que recurrir al derecho, el que adecuadamente diseñado y utilizado, puede operar como poderoso timón para gobernar el curso de los comportamientos sociales, tanto individuales como colectivos[437].

Lo que implica reconocer al derecho el carácter de un elemento necesario e insustituible dentro de la estrategia obligadamente transdisciplinaria con que debe ser abordada la coyuntura ambiental. *Con sus solos medios el derecho es incapaz de ofrecerle solución cabal. Sin el concurso del derecho, no obstante, tampoco es dable esperar el logro de tal solución*[438].

El profesor *Valenzuela* destaca que la normatividad jurídica, por sí misma, no constituye un fin, sino un medio puesto al servicio de fines que la trascienden. *El hombre no existe para el derecho, sino el derecho para el hombre y, en nuestro caso, para aportar su concurso a la solución del problema ambiental que encara*[439].

Es así que debemos tener presente, las innumerables las tragedias ambientales que han ocurrido durante el transcurso de nuestra breve historia como humanidad. Sin misericordia, el ser humano, entendiendo al resto que no es humano, como aquello que es disponible, transable, comerciable, usable, desechable, extinguible y otros verbos más que se podrían anotar, ha arrinconado a la naturaleza a fin de exprimirle su último zumo con el único objeto de ser bebido mezquinamente entre unos pocos; en definitiva los seres humanos, han dejado de ver lo maravillosa que es nuestra naturaleza viva, han perdido la conexión umbilical con ella, porque sólo ha sido concebida como una cosa y no un ser vivo, una cosa y no nuestro *Oikos*, una cosa que es tan vital para nuestra

[437] Peter H. Sand, *legislación ambiental y asistencia técnica*. Fao, 5 al 10 de julio de 1976, Bogota Colombia. Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*; página 184.
[438] Ibidem.
[439] Idem.; página 189.

pervivencia y sólo es concebida como una cosa, *visión de la que no escapa el derecho que como todo lenguaje es una manifestación cultural de la comunidad que lo crea o descubre.*

Así entonces podemos expresar que, el derecho desde sus orígenes se ha estructurado sobre bases antropocéntricas que se traducen posteriormente en filosofías y doctrinas, que son recogidas por las normas, así como en los procesos hermenéuticos de nuestros jueces. Visión tradicional de las distintas disciplinas del saber, que por lo demás está llevando al exterminio de nuestra civilización, lo que puede resultar paradójico porque se protege y privilegia al ser humano como especie sobre las demás, pero al cristalizarse ésta visión en la filosofía, derecho, economía, en fin, en las demás disciplinas que se uniforman junto a esa concepción de la realidad, lo único que se consigue es colocar cada día que pasa, más en peligro la subsistencia de nuestra humanidad.

El profesor *Valenzuela* destaca las palabras de *Bárbara Ward* quién expresa que "hasta que se produce, en nuestros días, uno de esos momentos de la historia de la humanidad en los que el hombre, encarado de manera repentina a evidencias que le habían pasado desapercibidas, se ve obligado a romper drásticamente con sus cánones de pensamiento del pasado para enfrentar su futuro sobre bases radicalmente diferentes a las admitidas hasta ese momento como válidas. Recordemos –acota Bárbara Ward-, a modo de ejemplo, que durante el transcurso de casi quince siglos el hombre aceptó como válida la teoría de Claudio Ptolomeo de que el sol y la luna, así como los restantes cinco planetas conocidos hasta ese momento, giraban en círculos concéntricos alrededor de la tierra, que se suponía situada al centro del universo. Cuando Nicolás Copérnico ofreció evidencias de que es la tierra la que gira alrededor del sol y no éste el que lo hace en

torno a la tierra, el hombre debió revisar hasta sus mismas raíces no sólo su concepción tradicional acerca de la mecánica celeste, sino, también, la cosmovisión que se había forjado laboriosamente a través de los siglos sobre la base de la validez de dicha concepción. La época en que vivimos, como la de Copérnico, ha dado lugar a otro de esos momentos dramáticos de la historia de la humanidad. Sólo que ésta vez no se trata del lugar que la tierra ocupa en el universo, sino, *del lugar que el hombre ocupa en la tierra y de la manera como ha de actuar para no transgredir los límites de su capacidad biogénica, que diversas circunstancia han llevado a hacerle patentes*[440].

El hombre de hoy sabe que la naturaleza vencida no importa otra cosa que la derrota definitiva de la humanidad y que no existe otra manera de dominar sobre ella que sometiéndose a sus propias leyes[441].

Y es aquí, donde –nosotros creemos- debe surgir una nueva manifestación cultural, un nuevo lenguaje que sea transdisciplinario, *un lenguaje del entorno*, en virtud del cual, se plasme paulatinamente en diversas disciplinas una nueva concepción de la realidad y en lo que se refiere al derecho, tal visión lo obliga a revisar su concepción tradicional de la realidad que regula, el objeto sobre el que recae y quienes pueden ser sujetos de derecho, a fin de estructurar poco a poco y con el paso de las décadas, un derecho más integrado con su entorno, más ecosistémico, más global, en definitiva más ambiental y por tanto, más humano.

El profesor *Valenzuela*-ya en 1979-, destaca una distinción entre legislación con repercusiones ambientales, legislación con repercusiones ambientales orientada a evitar

[440] Bárbara Ward, *para que la tierra no se consuma.* El Correo, de Unesco, enero 1973 (año XXVI). Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*; páginas 216 y 217.
[441] Francis Bacon, *naturae enim non imperatur, nisi parendo*-a la naturaleza sólo se la domina obedeciéndola-. El Correo, de Unesco, julio de 1971 (año XXIV). Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *Derecho y Ambiente*; página 217.

fricciones entre los diversos usuarios de unos mismos recursos y la legislación ambiental.

Así entonces expresa el profesor *Valenzuela*, que a lo largo de la evolución histórica de las relaciones entre el hombre y el medio ambiente de que forma parte, el derecho, en la medida en que fue siendo requerido por móviles diferentes, fue también respondiendo de diversa manera a la satisfacción de necesidades jurídicas del conglomerado social, pasando así, de una primera etapa de legislación con repercusiones ambientales *dictada a la medida del riesgo*, caracterizada por una amplia gama de disposiciones de carácter preventivo-defensivo que tuvieron por finalidad ofrecer resguardo al hombre tanto contra riesgos ambientales naturales como de aquellos peligros causados por la actividad humana en interacción con los procesos naturales - como la legislación dictada para hacer frente a desastres naturales o aquella surgida para proteger la salud humana derivada de la contaminación industrial-; a una etapa de legislación *dictada a la medida de interés*, en donde la legislación se orienta preferentemente a la regulación de los diferentes usos a que eran sometidos los recursos naturales, aunque no con miras a prevenir su agotamiento o deterioro, sino más bien para evitar fricciones entre los diversos usuarios de unos mismos recursos y para precaver los daños y molestias que pudieran seguirse de su explotación para terceros-a modo de ejemplo disposiciones civiles de pesca y caza, regulaciones de aprovechamiento de las aguas-. Finalmente se evoluciona al advenimiento de una legislación ambiental diseñada sobre la base cardinal de que existen riesgos e intereses ambientales que trascienden las fronteras de los individuos y hasta de las mismas naciones y cuyo contenido normativo, por lo

mismos, se caracteriza por un enfoque global y sistémico de las interacciones dinámicas que se dan entre el hombre y su ambiente[442].

La legislación ambiental merecedora del calificativo de tal, *se inicia cuando la normatividad jurídica extiende su esfera de acción a la protección de los factores ambientales considerados en sí mismos, más allá de los intereses patrimoniales puestos en juego con motivo de su utilización*; lo que tiene lugar cuando se hace evidente que su explotación económica irrestricta puede conducir a su degradación irreversible, en el caso de los recursos naturales renovables o a su agotamiento, en el caso de los recursos naturales no renovables[443].

Se establece una legislación de *índole conservacionista* que impone severas restricciones al uso de recursos naturales -suelo, agua, aire, flora, fauna, etc.- con miras a proscribir las modalidades de aprovechamiento de los mismos que pueden entrañar riesgos significativos previsibles para su preservación. Sin embargo, debe transcurrir un tiempo todavía hasta que se haga claridad sobre el hecho de que los recursos naturales, en cuanto constituyen elementos funcionalmente interdependientes de una unidad mayor, denominada *ecosistema*, no pueden ser protegidos de manera adecuada sino dentro del marco de una protección global dispensada al todo de que forma parte[444]. La legislación ambiental alcanza entonces su mayoría de edad, cuando el legislador se hace cargo de someter el manejo de todos los factores ambientales a políticas ecológicas comunes y a procedimientos centralizados a nivel nacional[445].

[442] Rafael Valenzuela Fuenzalida, Ob.Cit. en nota 427; páginas 217 y 218.
[443] Idem.; página 219.
[444] Ibidem.
[445] Idem.; página 220.

Con lo expuesto supra, quisimos ambientar al lector con lo que significa el problema ambiental y hacia donde debe apuntar el derecho en su rol como sistema que proporciona su disciplina al servicio del medio ambiente

Conforme a lo expuesto, expresaremos que es necesario comenzar a empezar a ayudar a modificar éste enfoque netamente antropocéntrico, con posturas más abiertas o integradas a otras. En ese sentido, en cuanto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación plasmado en el artículo 19 Nº 8 de la Carta Fundamental, expresaremos que creemos firmemente en que su objeto ya no es la vida o salud humana o propiedad –como lo propugna la mayoría de la doctrina-; la calidad de vida, bienestar o un entorno adyacente, como lo plantea una parte minoritaria de la doctrina, *sino, que el bien jurídico protegido por éste derecho es el derecho a vivir en equilibrio ecológico o en equilibrio con la naturaleza,* -similitud tantas veces reiterada en los debates de las sesiones ambientales-, en definitiva, *el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano más que libre de contaminación*, por lo que pasaremos a exponer.

3º.1.5.2.- El derecho humano a vivir en equilibrio ecológico como objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

En la sesión Nº 186 el *comisionado Evans* propone un concepto preliminar sobre el derecho a la protección de un medio ambiente que ha sido destacado supra.
En base a éste precepto preliminar sobre la materia, más el informe definitivo de Conicyt *y tomando en consideración las normas jurídicas internacionales contenidas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano llevada a cabo en Estocolmo, Suecia y las normas de la Constitución Española de 1978 sobre la*

materia[446], se cristalizó la redacción de éste importante precepto constitucional, previo a un intenso debate que quedó registrado en las actas de ésta sesión.

Los comisionados -como destacamos más arriba- se encontraban *contestes* en cuanto a que en la protección de éste derecho *siempre se va a tolerar un mínimo* de contaminación, pues como lo expresa el comisionado *Diez* aludiendo a la propuesta de un medio ambiente libre de *toda* contaminación, decía que "*la civilización lo ha hecho imposible*"[447].

El Comisionado *Guzmán* planteaba que: "a lo mejor es preferible referirse a un medio ambiente sano…" y deja planteada la inquietud en cuanto a si "todo el medio ambiente no está de algún modo contaminado y si en algún grado es imposible evitarlo". Agregando finalmente que "*lo que se desea evitar es la contaminación peligrosa para el ser humano e inconveniente para la sociedad*"[448].

En consecuencia, las citas destacadas demuestran que es evidente la imposibilidad de velar por un medio ambiente incontaminado o libre de contaminación -creemos que-, lo que los comisionados persiguieron al redactar éste precepto, no es un medio ambiente libre de contaminación, lo que *es utópico*, y en palabras del profesor *Bermúdez* "la finalidad de éste derecho a un entorno libre de contaminación no es lograr un ambiente incontaminado, lo que es imposible técnicamente, *pues donde llega la mano del hombre, llega la degradación del medio*, sino aquél en que la contaminación se mantiene en niveles aceptables o si se quiere, aquél en que las concentraciones de

[446] Enrique Navarro Beltrán, Ob.Cit. en nota 344; página 596.
[447] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; pagina 7 del documento disponible en formato pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.
[448] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; pagina 17 del documento disponible en formato pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

contaminantes *se mantienen en un rango y por períodos que no constituyen un riesgo para la salud humana, la calidad de vida de la población, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental*"[449].

En consecuencia, creemos que lo posible y real es concebir un medio ambiente o entorno en el cual se tolera un *mínimo de contaminación, que es inocua,* no comprende una contaminación que es peligrosa, pues éste tipo de *contaminación rompe el equilibrio ecológico*, merma o destruye el medio ambiente, lo que nos lleva a la conclusión que *no se debe interpretar literalmente* la redacción de éste derecho fundamental, sino que una verdadera interpretación del precepto constitucional debe tener un *cariz finalista*.

Y teniendo en cuenta lo destacado supra, expresamos además que en el *Informe Conicyt –destacado supra-* que sirvió de base para la redacción de éste derecho esencial, como se lee en la *Cuenta* de la sesión Nº 120 a propósito de los comentarios relativos a la indicación del profesor *Evans de la Cuadra* expresándose "que el texto refleja…y coincide con nuestra visión la mención de materias que la ley deberá abordar, en cuanto se refiere a la *mantención del equilibrio ecológico,* al mejor aprovechamiento de los recursos, a la contaminación ambiental y a la tutela del paisaje"[450].

También "lo expresa el comisionado *Diez* quién propuso que el texto supremo contuviera preceptos relativos "al medio ambiente, la no contaminación *y al equilibrio ecológico general*"[451].

---

[449] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 21.

[450] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 120 celebrada en 13 de mayo de 1975, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=2&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales# ; página 3 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 2 ó 3.

[451] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-;

A su vez el comisionado *Evans* expresa en relación a una observación hecha por el Presidente *Ortúzar* sobre una indicación primitiva contenida en la redacción inicial del precepto, acerca de la obligación del Estado de preservar el paisaje, el patrimonio histórico y artístico del país, expresó el comisionado que "*eliminó esa referencia*, porque cuando presentó esa indicación, hubo *un comentario* en la comisión que *le pareció muy adecuado* en el sentido que parecía que estaban confundidas dos ideas: *una relativa al medio ambiente, a lo que propiamente se llama equilibrio ecológico* - materia muy específica y determinada- y otra, concerniente a todo aquello que constituye la preservación del paisaje, vinculado al patrimonio cultural y artístico"[452].

El *Sr. Diez* añade más adelante, en relación con que la comisión se está anticipando a una convención o a una declaración de carácter internacional sobre defensa del medio ambiente…. "que la comisión constituyente sólo se ha anticipado a lo que va a llegar en algunos años más…, como una necesidad ineludible, toda vez que cuando se derrama petróleo en alta mar, no se trata del territorio de ningún país, *y sin embargo, se afecta gravemente el equilibrio ecológico de la humanidad*[453]".

El comisionado *Evans* destaca más abajo que "…*si se quiere proteger efectivamente el equilibrio ecológico*, las riquezas naturales, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, corresponde dar al legislador la posibilidad de que, fundado en esos valores, establezca restricciones al ejercicio de determinadas garantías constitucionales"[454].

---

http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; página 6 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[452] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-;
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; página 7 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[453] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-;
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; página 14 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[454] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-;

El comisionado Evans agrega a propósito de las restricciones específicas que "…es extraordinariamente difícil señalar qué derechos podrían verse afectados por una legislación restrictiva *basada en la necesidad de proteger el equilibrio ecológico o el medio ambiente*"[455].

Todas estas citas demuestran que *para los comisionados el medio ambiente o equilibrio ecológico*, son *términos homologables*, en consecuencia *fluye*, que el bien jurídico que tuvo en mente el constituyente a proteger es, *el derecho humano a vivir en equilibrio ecológico*.

Arribar a esta conclusión permite armonizar el inciso primero del artículo 19 Nº 8 con el artículo 20 inciso 2º de la Carta Fundamental, en el sentido que no cabe duda que ambas partes del inciso -el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza- se encuentran garantidos por el recurso de protección recogido en el artículo 20º de la Carta fundamental. Entenderlo de esta manera permite a las personas no sólo proteger al medio ambiente de la *contaminación sino también de la depredación*, como lo puede ser verbigracia, la extracción de recursos hidrobiológicos sin respetar sus tasas de regeneración, o la explotación de bosque nativo sin permiso de la autoridad competente, o el traslado de hielos eternos para permitir una explotación minera, o la caza o pesca ilegal de los animales protegidos, o matanzas de animales sin autorización, o la vulneración de zonas protegidas por el Estado o por privados, llámense parques, reservas, monumentos, santuarios de la naturaleza, humedales, y otras zonas de preservación de la naturaleza.

---

http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; página 15 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[455] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-;
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; página 18 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

Ese es el bien jurídico protegido en nuestra Carta Fundamental, que se encuentra amparado, y protegido no sólo por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación -19 Nº 8- sino por las diversas normas constitucionales ya destacadas supra, como aquellos derechos contenidas en los tratados internacionales sobre el medio ambiente y los valores positivados en nuestra Carta Fundamental, en especial *el valor dignidad humana*.

Entendiendo como destaca el profesor *Jorge Bermúdez Soto* a propósito del objeto del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que éste derecho tiene un *contenido netamente antropocéntrico –aunque en nuestro fuero interno perfectamente concebimos a la naturaleza como un valor en sí mismo y sujeto de derecho sui generis*-, sus titulares son los hombres y mujeres, es decir, todos los seres humanos, concordamos con el profesor Bermúdez que el que el derecho constitucional que se establece es a *vivir*, es decir, lo que se consagra no es un derecho a un medio ambiente incontaminado, *sino el derecho a vivir en él*.

Por lo tanto, toda legislación ambiental y normas infralegales ambientales deben adecuarse a éste derecho en particular y a todos los demás preceptos constitucionales, pues los órganos del Estado tienen el deber constitucional de proteger el mismo bien jurídico,- *vivir en equilibrio ecológico*- y, como consecuencia de lo anterior, la producción normativa debe implementar un sistema normativo ambiental en ese sentido. Además para una correcta aplicación de este sistema normativo, nuestros órganos jurisdiccionales deben realizar una interpretación finalista para hacer coherente y sistemática toda la normativa ambiental, en consecuencia, no se puede interpretar una resolución de un órgano del Estado en forma individual, parcelada, sin tener en cuenta la legislación que regula la misma materia, los tratados internacionales aplicables al

mismo asunto y por sobre todas las cosas; los preceptos, principios y valores constitucionales, que reinan y presiden toda interpretación.

Por tanto, conforme a lo expresado, adscribimos a la posición minoritaria de la doctrina que postula que el objeto de éste derecho fundamental es un *bien jurídico protegido autónomo*, eso si que con los matices que destacaremos a continuación.

3º.1.5.3.- Simbiosis jurídica

Para la doctrina minoritaria el bien jurídico protegido de carácter autónomo es la calidad de vida o bienestar de las personas o entorno adyacente, sin embargo, creemos –como destacamos supra- que si bien concordamos en que el objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tiene un *carácter autónomo*, para nosotros, el bien jurídico protegido por éste derecho fundamental *es el derecho a vivir en equilibrio ecológico.*

Agregamos que si bien al concebir en el objeto de éste derecho fundamental un carácter autónomo, lo que importa independizar este derecho a vivir en un medio ambiente sano de la vida, integridad física o psíquica, salud de las personas, propiedad, calidad de vida o bienestar de las personas, y otros derechos fundamentales, estimamos sin embargo, que entre todos estos derechos esenciales y otros que se pueden agregar -como el derecho a la información, derecho de petición, etc.-, existe una alianza, conexión, o asociación que se verifica con ocasión de una contaminación peligrosa o la depredación ambiental.

Existe un *mutualismo* que no se puede soslayar entre el derecho a la vida, integridad física o psíquica, salud, y otros que pueden concurrir con este derecho humano a vivir en un medio libre de contaminación. Esta relación simbiótica se da de manera natural por la conexión umbilical del hombre con su entorno, entre la vida o salud humana y la vida o salud del medio ambiente, entre hombre y naturaleza, que gracias a ella se sostiene el ser humano en este mundo y puede lograr su mayor realización material y espiritual posible. Es una asociación natural que se traspasa al derecho casi por ósmosis[456], como una *verdadera simbiosis jurídica*.

Esta conexión que resalta en las Actas Constitucionales, sesión Nº 18 celebrada en 23 de noviembre de 1973, en la que se lee que el comisionado *Diez* expresa "asimismo para la *protección del derecho a la vida* de los ciudadanos, implícito en todas las Constituciones del mundo, será necesario establecer normas que eviten la contaminación del medio ambiente". El comisionado *Evans* estima que "ésta materia debe tratarse conjuntamente con la garantías y derechos individuales, porque la preocupación del medio ambiente forma parte de la superestructura de la seguridad social". Se lee además que a indicación del Sr. *Diez* se acuerda tratar conjuntamente los temas relacionados con el derecho a la salud y sanidad del medio ambiente, en el

[456] *Ósmosis*, movimiento neto de agua (principal solvente en los sistemas biológicos) por difusión a través de una membrana selectivamente permeable desde una región de mayor concentración de agua (una solución hipotónica) a otra de menor concentración de agua (solución hipertónica). Hipotónico, relativo a una solución que tienen presión osmótica (o concentración de soluto) menor que la de una solución con la que se le compara. Hipertónico, relativo a una solución que tiene presión osmótica (o concentración de soluto) mayor que la otra solución con que se le compara. Definiciones extraídas del Glosario contenido en el libro Biología de Villee, Editorial McGraw-Hill Interamericana, Traducción de Roberto Palacios Martínez (oceanólogo), 4ª edición en español (2000) ciudad de México, México; página 1254 y 1264.
Ejemplo de ósmosis podemos mencionar el transporte de agua y nutrientes, que relacionado con diversos factores ambientales, como la composición del suelo, la lluviosidad, la luz y el calor solar, el aire y dependiendo del tipo de suelo (arenoso, humífero, arcilloso, calcáreo, limoso...); cuando llueve ocurre un proceso de lixiviación o arrastre de material del horizonte A al horizonte B, disolviendo el agua las moléculas de los compuestos químicos del suelo. El agua así enriquecida, constituye el agua capilar que rodea a los pelos absorbentes de las raíces de las plantas y *por ósmosis, los pelos absorbentes toman el agua con las sales minerales disueltas (medio hipotónico), y la presión osmótica hace que las sustancias asciendan (capilaridad) por el tallo (xilema), hasta llegar a las hojas*. En las hojas, gracias a la luz solar, al CO2 atmosférico y a la clorofila, la savia bruta o no elaborada se transforma en savia elaborada, la cual es transportada por los tubos cribosos (floema) a todas las partes de la planta, para ser almacenada y así formar frutos, raíces y tallos. Estos procesos son más rápidos debido a la transpiración de la planta, que aporta humedad al ambiente. Ejemplo extraído de la siguiente dirección electrónica: http://es.wikipedia.org/wiki/Transporte_de_nutrientes_y_agua_en_las_plantas

capítulo de los derechos humanos[457]. En la sesión Nº 186 el comisionado *Ortúzar* haciéndose cargo de las observaciones del *Sr. Silva Bascuñan*, porque disiente en gran parte de ellas expresa que "…se trata de un *derecho íntimamente vinculado al derecho a la vida e íntimamente vinculado al derecho a la salud*". "…El objeto de esta garantía es una materia fundamental, como lo hizo presente en una reunión anterior el *Sr. Diez*, cuyo punto de vista ha sido compartido por todos los miembros de la comisión, no obstante lo cual, no se le ha atribuido hasta ahora su verdadera trascendencia, *en circunstancias de que se están haciendo más difíciles las condiciones en que se desenvuelve la vida humana*[458]. El Sr. *Diez* agrega en relación a que la ley podrá establecer determinadas restricciones, expresa "… ¿qué derechos o libertades pueden restringirse para proteger el medio ambiente? *Sin duda, no es la vida, ni es la salud*[459]".

El profesor *Bermúdez* respecto a éste tema, expresa que "el derecho a la vida es presupuesto para la vigencia de los demás derechos fundamentales de la persona, es la *base de todo el edificio jurídico, ya que en él se asienta la subjetividad jurídica de la persona*, y sobre el soporte de éste derecho se van articulando los demás derechos, primero los considerados esenciales que emanan de la naturaleza humana, luego los demás derechos constitucionales y derechos subjetivos. Así entonces, decir vida, importa decir ser humano, por el hecho de ser persona se tiene derecho a la vida[460].

---

[457] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 18 celebrada en 22 de noviembre de 1973, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?codigo=Capítulo%201,%20Bases%20de%20la%20Institucionalidad ; página 19 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 1, De las Bases de la Institucionalidad; página 1.

[458] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; páginas 10 y 11 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[459] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; página 13 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

[460] Jorge Bermúdez Soto, *el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI (2000) Valparaíso, Chile; página 12.

Así entonces, la *simbiosis jurídica* que se verifica entre estos derechos fundamentales no es más que el reflejo de lo que ocurre en la naturaleza entre dos especies distintas en asociación, lo que representa una ventaja para ambos –simbiosis como sinónimo de mutualismo[461]-. Los derechos fundamentales en simbiosis mutualista, *serán concebidos como especies distintas al proteger cada derecho un bien jurídico distinto*; derechos esenciales que se asocian, enlazan o cooperan mutuamente, forman alianzas, *cuando a causa de la contaminación peligrosa o que es lo mismo, aquella que atenta contra el equilibrio ecológico o la depredación ambiental*, se ven amenazadas las distintas esferas jurídicas que protegen cada uno de éstos derechos fundamentales, ayudándose en consecuencia, mutuamente, a fin de evitar ser trasgredidos, mermados o violentados.

[461] El concepto de simbiosis al que nos referimos es el de *simbiosis mutualista*, esto es, la interacción simbiótica donde ambos organismos obtienen beneficios. Muchas especies de hormigas han desarrollado mutualismo con áfidos-verbigracia los pulgones- : las hormigas se alimentan de una sustancia que exuda el cuerpo de estos pequeños insectos. Algunas especies de hormigas, mientras utilizan el exudado guardan a los áfidos en sus colonias los alimentan y los cuidan. Otras especies de hormigas los llevan a las plantas, donde los áfidos se alimentan succionando el jugo vegetal, durante el día, regresándolos al hormiguero durante la noche.
Otros ejemplos de mutualismo los encontramos en la combinación de un alga y un hongo, que se conoce como *liquen, en la cual el hongo retiene la humedad y provee de minerales a ambos miembros de la asociación, mientras que el alga sintetiza los alimentos.*
Referencia al termino simbiosis mutualista, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://expertos.monografias.com/home.asp?tip=usu&item=pregunta&id=5&id_item=39552&idr=32863
Los tortuosos caminos de la evolución llevan a organismos que previamente no tenían ninguna relación entre sí a la formación de alianzas estrechas. Cuando las especies que participan obtienen beneficios de la convivencia, se dice que han establecido una simbiosis.
Uno de los ejemplos más populares es el del *cangrejo ermitaño y la anémona*. Ésta se sitúa sobre la concha que ocupa el cangrejo y aporta a la sociedad la protección de sus células urticantes. A cambio obtiene la capacidad de desplazamiento que le brinda el cangrejo. La interdependencia es tan acusada que cuando el cangrejo se muda transfiere a sus anémonas a la nueva concha. Una relación similar se da en *peces, como los peces payaso, que viven entre los tentáculos venenosos de las anémonas*. Así están protegidos de los depredadores y aportan a las anémonas los restos de sus comidas. Consiguen sobrevivir porque su piel está completamente impregnada de una sustancia viscosa que impide la entrada del veneno. Recientemente se ha descubierto que los peces adquieren esta sustancia protectora de las propias anémonas, por medio de roces muy rápidos. De este modo, las células urticantes del cnidario no tienen tiempo de activarse.
El ejemplo más conmovedor de simbiosis quizá sea el de un pez, el gobio de Luther, y una gamba ciega. La gamba excava una madriguera con sus fuertes patas y permite que el pez la ocupe también. A cambio, éste actúa como lazarillo, guiando a la gamba en la búsqueda de alimento. La gamba toca con sus antenas la cola del pez y éste la mueve cuando detecta algún peligro: en ese caso, los dos se retiran hacia la madriguera.
Las hormigas, que han desarrollado tantos comportamientos complejos, adoptan muchas modalidades de simbiosis, con plantas, hongos o animales. Ciertas orugas y pulgones ofrecen secreciones dulces a las hormigas a cambio de su protección. Algunas orugas tienen un cuerpo altamente especializado para captar a las hormigas: presentan órganos sonoros para llamarlas, glándulas que segregan sustancias atractivas para ellas y órganos que producen las sustancias nutritivas.
La cooperación entre el indicador, un pájaro africano que se alimenta de cera de abeja, y el ratel, un mustélido parecido a un tejón, se desarrolla a un nivel superior de complejidad. El indicador descubre los panales de abejas y emite una llamada específica, que el ratel ha aprendido a identificar. Una vez que el pájaro ha atraído la atención del ratel, lo guía por medio de otra serie de llamadas. El mustélido destroza el panal y el pájaro aprovecha la cera. El Texto a que se hace referencia se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www.galeon.com/fierasysabandijas/arcart/simbiosis.htm
Simbiosis: En principio, tiene el sentido original de asociación entre dos especies diferentes sea cual sea la naturaleza de la relación entre ambos (mutualismo, predación, competencia, parasitismo). Pero se ha ido haciendo sinónimo de mutualismo, es decir, de asociación entre dos organismos diferentes que representa una ventaja para ambos; por ejemplo, la relación entre las bacterias fijadoras de nitrógeno y las leguminosas; o entre los hongos inferior y el alga unicelular de un liquen; Los tiburones y los peces pilotos; ciertos pájaros desparasitadores y los herbívoros silvestres o domésticos, etc. Las simbiosis, en cuanto relaciones muy precisamente establecidas, son propias de ecosistemas muy maduros o evolucionados y con un gran nivel de autorregulación. http://www.manualdelombricultura.com/glosario/pal/164.html

Así entonces, teniendo en cuenta la analogía propuesta, citaremos a modo de ejemplo un tipo de simbiosis jurídica que se verifica entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la vida o salud de las personas, contenida en nuestra legislación de fuente nacional.

Diremos que se verifica una verdadera *simbiosis*[462] *jurídica,* cuando *a causa de la contaminación o depredación*, se protege alguno de estos derechos, como ocurre, verbigracia, cuando se prohíbe el derrame de residuos líquidos industriales a un río porque se han superado los valores de las concentraciones establecidos por las normas *secundarias* de calidad ambiental[463], ya que con tal prohibición no sólo se protege al medio ambiente o equilibrio ecológico sino que también la salud y con el tiempo la vida de la población humana que bebe de esa agua contaminada, río más abajo, o viceversa, si se prohíbe las descargas de residuos líquidos industriales a un río porque han superado los valores de las concentraciones dispuestas en las normas *primarias* de calidad ambiental[464], no sólo se estará protegiendo la vida o salud de las personas, sino que también con ello el medio ambiente porque la contaminación también afecta a los demás seres vivos de dependen del vital elemento.

En este ejemplo cada una de las normas de calidad ambiental tiene su propio objeto de protección, las *primarias* se encuentran dirigidas a proteger la vida o salud de las personas y las *secundarias* a proteger o conservar el medio ambiente o preservar la naturaleza, lo que en definitiva se traduce en proteger el bien jurídico derecho a vivir en

[462] *Simbiosis*; asociación íntima de dos organismos de distintas especies con importantes beneficios para ambos. La Enciclopedia, Salvat Editores S.A., volumen XVIII (2004) Madrid, España. *Simbiosis*; asociación de individuos animales o vegetales de diferentes especies, sobre todo si los simbiontes sacan provecho de la vida en común. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición (2001)

[463] Definición de norma secundaria de calidad ambiental, ley N° 19300 de Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra 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 o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza.

[464] Artículo 2 letra n) de la ley 19300 define como 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.

equilibrio ecológico. Por lo tanto, sin lugar a dudas, cuando *por causa de la contaminación peligrosa*, se protege a uno o varios de ellos –derechos esenciales que sean privados, perturbados o amenazados- es inevitable su enriquecimiento recíproco o beneficio mutuo en caso de ser protegidos, pues existe una *conexión umbilical primigenia, entre el medio ambiente y la vida, que está dada por la naturaleza*.

Los órganos del Estado y en especial sus órganos jurisdiccionales deberán velar para que esta simbiosis jurídica latente, se haga realidad, sea respetada y promovida. Sólo una interpretación finalista de la Carta Fundamental resguarda esta notable alianza.

3º.1.5.4.- Importancia de la simbiosis jurídica

Permite armonizar las doctrinas existentes acerca del objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, aprovechando de cada una sus elementos esenciales –asociación y autonomía- que permite una protección mucho más amplia de este derecho humano, protegiéndolo no sólo de la contaminación sino también de la depredación, porque como ya expusimos, no se puede interpretar literalmente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ya que lo que protege este derecho esencial es el derecho a vivir en equilibrio ecológico, equilibrio que se rompe tanto con la contaminación como con la depredación.

Es más, este concepto permite al interprete decidir e inclinarse en caso de colusión de derechos fundamentales, por la protección de los derechos que se encuentran en simbiosis, no sólo por su cantidad –dos o más- sino que también por su calidad, por que a causa de la contaminación o depredación, -ambos hechos antrópicos- se verán afectados –que para nosotros este término es amplio, es decir, amenazados, privados o perturbados-, derechos que no admiten siquiera restricción o limitación alguna, ya que

su contenido es tan importante para los seres humanos que la negativa a su protección implica la negación por el ser humano y de los demás seres vivos.

En consecuencia, es una importante herramienta hermenéutica que el juez deberá tener en consideración en su proceso hermenéutico y sobre todo al momento de resolver la contienda jurídica.

4º.- Sesión Nº 412 celebrada el día 7 de septiembre de 1978[465]

En la sesión Nº 412, el *Sr. Ortúzar* reitera que "sostuvo la necesidad de conceder el recurso de protección cuando la contaminación provenga de un hecho o acto voluntario de una persona". Debemos recordar que los comisionados no se encontraban contestes en cuanto a amparar este derecho fundamental a través del recurso de protección, idea que se concretó luego de la intervención del *Sr. Bertelsen* como se destacará a continuación.

5º.- Sesión Nº 414 celebrada el día 27 de septiembre de 1978[466].

En esta Sesión, el *Sr. Guzmán* formula una indicación para suprimir el recurso de protección en el caso del medio ambiente. El *Sr. Guzmán* entiende "que este recurso tiene efecto restringido y regirá para situaciones extremas, cuando existan acciones de personas que violen determinadas normas legales y provoquen la contaminación del medio ambiente. Sin embargo, estima inconveniente abrir el derecho de protección en esta materia. Piensa que deben existir leyes de tipo sanitario o incluso penal que tiendan

[465] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 412 celebrada el 7 de septiembre de 1978. Disponible en la siguiente dirección electrónica: -se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=16&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; pagina 5 del documento disponible en formato pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales, pagina 16.

[466] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 414 celebrada el 27 de septiembre de 1978. Disponible en la siguiente dirección electrónica: -se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=5&codigo=Capítulo%205,%20Congreso%20Nacional ; pagina 3 del documento disponible en formato pdf. Archivos de Capítulo 5, Congreso Nacional

a evitar que una persona perturbe la posibilidad de vivir en un medio ambiente sano. A su juicio en los terminos que el precepto está redactado se prestaría a excesos; puede estimarse que es un acto o hecho imputable a autoridades o personas determinadas el smog de Santiago o la existencia de fábricas dentro del radio urbano. Dice que estos problemas deben solucionarse por la vía de legislación ordinaria".

A continuación el *Sr. Bertelsen* expresa lo siguiente "sostiene que en lo relativo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, hay un derecho que reviste una doble característica, por una parte, tiene similitud con los llamados derechos sociales, pues se trata de una aspiración general de la colectividad orientada a que el Estado asegure el derecho a vivir en un medio amiente no contaminado; y por otro lado, posee un carácter más específico referente, de manera directa, a actos de particulares y de autoridades. Manifiesta que de éste modo los ciudadanos tienen expectativas de que el Estado dirija su acción a mejorar la calidad del medio ambiente, y también un derecho exigible contra toda persona o autoridad que por actos o hechos imputables directamente a ellos les causen un perjuicio en su derecho.

Por las razones expuestas arguye que el ejemplo del smog que afecta a Santiago no es adecuado, porque tal fenómeno no puede ser imputada a una persona determinada. *Asegura que si en esta materia no se actúa con premura sobrevendrá un deterioro ambiental irreversible a corto plazo*".

8.4.- Análisis de las sentencias recaídas en el caso Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter

8.4.1.- Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia

8.4.1.1.- Comentario general

Quisiéramos preguntarnos ¿que ocurrió entonces en el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter? ¿porqué no fue amparado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación? Para ello, comenzaremos por analizar los considerandos tanto de la sentencia definitiva de primera instancia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valdivia y la sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Corte Suprema, ambas resoluciones declaradas conociendo de un recurso de protección, por medio del cual se solicita el amparo del artículo 19 Nº 8, entre otros derechos esenciales.

Antes de entrar a analizar algunos considerandos de ésta sentencia queremos destacar que nos gratifica enormemente que al menos la Corte de Apelaciones de Valdivia haya resuelto la controversia jurídica utilizando e interpretando nuestra Carta Fundamental y en particular el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, *en sentido garantista*, así como también, remitiéndose a la ley 19300 bases generales del medio ambiente, para integrar el contenido de éste derecho. Queremos destacar que no obstante, nuestro máximo Tribunal de Justicia haya revocado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, al menos nos tranquiliza saber que existió una solución jurídica que amparó este neo-derecho constitucional ante el evidente desastre provocado por las descargas de residuos líquidos industriales de la papelera celco, *como bien determinó el informe científico de nuestra Universidad*, y que al menos probó que existe un sistema jurídico ambiental que permite proteger nuestro medio ambiente.

Sin embargo al ser revocada la sentencia de 1ª instancia de la Corte de Apelaciones de Valdivia demuestra y constata que no sólo es importante crear normas jurídicas acabadas de carácter ambiental sino que también es necesario educar ambientalmente a nuestros jueces para que paulatinamente nuestros sentenciadores vayan adquiriendo *conciencia ambiental,* que es algo que va más allá de leer libros en materia ambiental o perfeccionarse a través de cursos o talleres sobre la materia, pues la conciencia importa "darse cuenta", o "despertar", o si se quiere incorporar a nuestro ser, en este caso, de la relevancia de los valores ambientales, de manera que por mucho que puedan existir presiones políticas- que las hay- o por mucho que existan presiones económicas- que también las hay- o sociales, en fin; *la toma de conciencia, en este caso, de la crisis ambiental que vive nuestra humanidad,* sin duda que le va a entregar la valentía y el coraje suficiente al juzgador, a fin que, *no obstante peligre su permanencia en el cargo que ostenta, la conciencia le entregará el impulso necesario para seguir adelante y juzgar con propiedad, porque nadie ha dicho que impartir la justicia en sociedad es fácil ni menos un simple silogismo*. Casos como el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter no son aislados y sólo basta revisar la jurisprudencia sobre la materia para darse cuenta de ello.

Lo anterior no hace más que demostrar que la justicia *no puede ser privativa de una determinada área del saber*, sino que debe ser *transdisciplinaria*. Quizás en el futuro también pueda impartir justicia ambiental en conjunto con los magistrados, un profesor, un guarda parques, un poeta, un escritor, un pintor, en fin, quienes destaquen en su comunidad por su sensibilidad, sentido ambiental y humano. Es un cambio cultural necesario, porque de la comunidad también nacen sabios en el arte del juzgar, y que no necesariamente se encuentran tras los estrados.

Las soluciones jurídicas *injustas*, esto es, *irracionales* y podríamos agregar *sin sentido humano*, provocan un enorme deterioro a nuestro Estado de derecho, baja credibilidad de la ciudadanía en los órganos del Estado, vulnera nuestra propia Carta Fundamental al no ser amparado los derechos fundamentales y lo peor de todo, los derechos esenciales al no limitar el ejercicio de la soberanía del Estado chileno, pisotea lo más esencial de un ser humano, su propia naturaleza, trasgrede sus más altos valores que el constituyente originario ha decidido positivar en la Norma Suprema para nutrir a todo nuestro sistema jurídico, y lo más preocupante de todo es que nuestro máximo tribunal no visualiza que sus propias desiciones, *lejana de los derechos humanos y también lejana de las conclusiones categóricas de la ciencia*, no hacen más que *destruir la credibilidad en un tercero imparcial*, que resuelva los conflictos al interior de la comunidad, no hacen más que raer *los cimientos* que sostienen a una hermosa dama vendada que porta una espada, en señal de justicia y paz social.

Ya en la década del 70', Wilfred Jenks expresaba que "el humanismo como filosofía constitucional no carcome el respeto a la ley; antes bien, lo revitaliza. *Es el formalismo jurídico, no el humanismo, quien carcome el sentido de la obligación legal sobre el cual descansa la viabilidad y la eficacia de todo el sistema constitucional*[467]".

8.4.1.2.- Análisis de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia

En la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia se lee en su considerando 7º[468] que se destaca el principio de supremacía constitucional -consagrado

[467] Wilfred Jenks, *el humanismo y el derecho*. Revista del Colegio de Abogados de la Plata, año XIV Nº 29, julio-diciembre (1972), Buenos Aires, Argentina; página 228 y 229.

[468] En la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 33-2005 de 18 de Abril de 2005, redactada por la Ministra Sra. *Ada Gajardo Pérez, considerando séptimo se lee*: "la Supremacía de la Carta Fundamental que informa a todo el ordenamiento jurídico y en particular los derechos fundamentales en ella reconocidos y garantizados, condiciona la actuación de cualquier órgano público, como susceptible de ser motivo del Recurso de Protección y en tal sentido, la materia sometida al conocimiento de este Tribunal dice relación con un mandato constitucional, de manera que la competencia que a esta Corte le ha sido entregada a través de este Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales señaladas en el artículo 20 del Texto Legal Fundamental, se impone sobre las competencias reglamentarias asignadas a entes de la Administración, aun cuando ellos sean reclamables ante los Tribunales de Justicia, en la medida que a través de este recurso esta Corte de Apelaciones proceda a enjuiciar

en el artículo 6 inciso 1º de la Carta Fundamental- en virtud del cual la preponderancia o supremacía de la Constitución Política de la República de Chile, como Norma Suprema, obliga, compele o conmina a los órganos del Estado, incluso los órganos jurisdiccionales -verbigracia, los tribunales ordinarios de justicia, como lo es una Corte de Apelaciones o la Corte Suprema- a someter su actuación conforme a ella, lo que se traduce en respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales en ella reconocidos, como de aquellos derechos esenciales incorporados por los tratados internacionales sobre derechos humanos. Como bien se expresa en el considerando "*existe un mandato constitucional*" y en consecuencia la materia sometida al conocimiento de este Tribunal, cuya competencia le ha sido entregada a través de este Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales señaladas en el artículo 20 del Texto Legal Fundamental, se impone sobre las competencias reglamentarias asignadas a entes de la Administración, aun cuando ellos sean reclamables ante los Tribunales de Justicia. Este mandato constitucional se debe relacionar con el *principio de inexcusabilidad*[469] que consagra el artículo 76 inciso 2º de la Constitución.

En el considerando noveno[470] se expresa que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación "*es un derecho fundamental vinculado con el derecho a la vida*

---

la existencia o inexistencia de vulneración de garantías constitucionales determinadas a través de una acción u omisión específica, si ha sido ésta ilegal o arbitraria, o ambas, y se dé el presupuesto de urgencia que justifique esta acción y la inmediatez de las medidas que puede adoptar el Tribunal".
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.

[469] "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión". Artículo 76 inciso 2º de la Carta Fundamental.

[470] En el considerando noveno de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 33-2005 de 18 de Abril de 2005, redactada por la Ministra Sra. *Ada Gajardo Pérez*, se expresa que: "la Constitución Política de la República reconoce en su artículo 19 Nº 8, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por imperativo constitucional, es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y es deber suyo también, tutelar la preservación de la naturaleza. Constituye éste, un derecho fundamental que lo vincula, con el derecho a la vida y la integridad física y síquica y la salud de las personas, sin perjuicio de su vínculo más o menos estrecho con otros derechos, como el derecho de propiedad. Pero su reconocimiento constitucional le otorga un valor propio, que involucra además la conservación de bienes, recursos naturales y medio ambiente, considerados éstos como elementos esenciales destinados al desarrollo de los seres humanos. La preservación de la naturaleza constituye un mandato constitucional para el Estado, tanto de protección como de actuación. Debe, en consecuencia, proteger al titular de este derecho de las actuaciones de terceros y mejorar las condiciones ambientales. Tal imperativo obliga no sólo al ente Administrativo, sino también al Legislador y a las Cortes de Apelaciones, quienes sobre este aspecto y requeridos para el

y la integridad física y síquica y la salud de las personas, sin perjuicio de su vínculo más o menos estrecho con otros derechos, como el derecho de propiedad".

En ésta parte del considerando se vislumbra que para el sentenciador el objeto de éste derecho esencial no sería autónomo, sino vinculado a otros derechos como los postula la doctrina tradicional. Sin embargo a continuación agrega que "*su reconocimiento constitucional le otorga un valor propio*", esto es, en virtud de la cual se le confiere a éste derecho esencial una esfera de protección autónoma de las esferas de protección de los demás derechos a los que se le vincula. Este *valor propio,* involucra además la conservación de bienes, recursos naturales y medio ambiente, considerados éstos como elementos esenciales "*destinados al desarrollo de los seres humanos*". La preservación de la naturaleza constituye un mandato constitucional para el Estado, tanto de protección como de actuación. Debe, en consecuencia, proteger al titular de este derecho de las actuaciones de terceros y mejorar las condiciones ambientales.

En otras palabras, lo que la sentencia expresa es que se protege a la naturaleza por que es un mandato constitucional que hunde sus raíces no sólo en el catálogo de derechos reconocidos en el capítulo III "de los derechos y deberes constitucionales", sino también en las mismas bases de la institucionalidad, ya que el artículo 19 Nº 8 *no es más que una concreción de los valores superiores en que se funda la Carta Suprema*, positivados en el artículo 1º, y que por tanto nos permite decir; "qué más libre para ser un ser humano que vivir en un entorno saludable, que más igualitario para los seres humanos que poder disfrutar de este derecho colectivo y solicitar su tutela cuando se

---

conocimiento y resolución de un Recurso de Protección, en casos necesarios, deben adoptar de inmediato las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.

vea amenazado, perturbado o privado de éste derecho humano y finalmente que más digno para una persona natural, la comunidad o la humanidad que vivir en equilibrio ecológico con la naturaleza, derecho que además va a proteger la vida, salud, integridad física o psíquica, bienestar, calidad de vida o desarrollo de las personas.

Esta sentencia implícitamente *consagra una simbiosis jurídica* de los derechos esenciales y conforme a la materia que estamos tratando -materia ambiental- una simbiosis entre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y los demás derechos que persiguen un beneficio mutuo, cuando a causa de un hecho contaminante, protegen sus esferas de resguardo, extendiendo todos juntos su radio de protección más allá de la protección que puede proporcionar cada una de las esferas de resguardo de estos derechos esenciales considerados aisladamente.

Además utilizando las palabras del profesor *Andrés Bordalí Salamanca* que "en nuestro país parte importante de la doctrina[471] ha reconocido un *carácter complejo a éste derecho* de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. *Es entendido como un derecho subjetivo de libertad* en lo que dice relación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, *y como un derecho social* en lo que dice relación con el deber del Estado de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza[472]-[473].

[471] En este sentido Raúl Bertelsen Repetto expresa que "en la Constitución de 1980 el derecho a vivir en un medio ambiente no contaminado se presenta en una doble perspectiva. En una de sus vertientes es un derecho público subjetivo que, al igual que ocurre con los derechos de libertad clásicos, *tiene como correlativa una obligación de no hacer*: *la obligación que pesa sobre toda persona o autoridad, de no incurrir en conductas contaminantes*. Y en la otra es uno más de los derechos sociales que reconoce la Carta Fundamental y cuya finalidad es orientar la actividad de los órganos del Estado en un sentido determinado. El primer aspecto es susceptible de tutela jurisdiccional, mientras que el segundo fundamenta los deberes 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, como asimismo sienta las bases para la legislación protectora del medio ambiente.
Raúl Bertelsen Repetto, *el recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia*. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 25 Nº 1(1998) Santiago, Chile; página 142.
[472] Andrés Bordalí Salamanca, Ob.Cit. en nota 367; página 100.
[473] El profesor Bordalí alude a una sentencia de la Corte Suprema-Horvarth y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente- que reconocería el carácter complejo de éste derecho y que va más allá ese carácter defensivo de libertad, sentencia de la Corte Suprema-*RDJGT, Tomo XCIV, Nº 1:Enero-Abril, 1997*- en la que se lee a continuación lo siguiente: "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación *es un derecho humano con rango constitucional*, el que presenta un doble carácter: *derecho*

Este carácter complejo fue el que argumento que esgrimió Raúl Bertelsen Repetto para incluir al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como garantía protegida por el recurso de protección en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

Además destacamos que esta sentencia implícitamente lo que persigue es proteger a la naturaleza considerada *como un valor en sí*, pero teniendo presente que para ello proceda, *es necesario adscribirlo a un derecho subjetivo constitucional*, como lo es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El profesor *Bermúdez* conforme a lo destacado anteriormente, ha señalado que "el medio ambiente en cuanto a tal es un *bien jurídico colectivo*, sin embargo, *para obtener su amparo o garantía no basta ésta titularidad genérica o erga omnes, es necesario invocar un derecho subjetivo que efectivamente fue afectado*. Hasta ahora *la subjetividad jurídica sólo ha sido reconocida para las personas naturales*(o físicas), en cambio la personas jurídicas, los objetos, los animales y vegetales, en definitiva, *los ecosistemas son objetos del derecho, careciendo de derechos subjetivos per se. Por ésta razón la forma de proteger constitucionalmente el objeto de derecho llamado medio ambiente, es adscribiéndolo a un derecho subjetivo constitucional*[474].

Agrega el considerando noveno que tal imperativo constitucional –mandato constitucional de preservar la naturaleza (artículo 19 Nº 8), mandato para el Estado, tanto de protección como de actuación. Deber de protección al titular de este derecho de las actuaciones de terceros y mejorar las condiciones ambientales- obliga no sólo al ente Administrativo, sino también al Legislador y a las Cortes de Apelaciones, quienes

---

subjetivo público y derecho colectivo público. El primer aspecto se caracteriza *porque su ejercicio corresponde* como lo señala el artículo 19 de la Carta Fundamental *a todas las personas*, debiendo ser protegido y amparado por la autoridad a través de los recursos ordinarios y el recurso de protección. Y en lo que dice relación con el segundo carácter del derecho en análisis, es decir, el derecho colectivo público, *él está destinado a proteger y amparar derechos sociales de tipo colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, y ello es así porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse o limitarse el medio ambiente y los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras*".

[474] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 11.

sobre este aspecto y requeridos para el conocimiento y resolución de un Recurso de Protección, en casos necesarios, deben adoptar de inmediato las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Lo anterior no es más que reflejo de la aplicación del artículo 5º inciso segundo de nuestra Constitución, que dispone como limite al ejercicio de la soberanía de todos los órganos del Estado, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En el considerando decimonoveno[475] la Corte se refiere al contenido del objeto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, remitiéndose para tal determinación a lo que dispone la ley 19300 sobre bases generales del medio ambiente, en cuanto a las definiciones legales que establece e *imprimiendo particular énfasis en el concepto de conservación del patrimonio ambiental*, concepto que contiene en su esencia el principio de desarrollo sustentable, totalmente ausente en las actividades de ésta empresa como el principio quién contamina paga, porque es evidente que los costos para evitar la contaminación peligrosa, no fueron internalizados por la empresa sino que externalizados a la comunidad y los seres humanos que la conforman.

[475] En el considerando decimonoveno de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 33-2005 de 18 de Abril de 2005, redactada por la Ministra Sra. *Ada Gajardo Pérez*, se expresa que: "Que conviene recordar que el precepto constitucional del artículo 19 Nº 8, está contenido también en el artículo 1º de la ley Nº 19.300 que dispone que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, se regularán por la referida ley, definiendo la misma ley cada uno de estos conceptos, *de entre los cuales es necesario destacar la conservación del patrimonio ambiental cuyo significado legal es el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración*; contaminación definido por la referida ley como la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energías o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente. Contaminante es todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido o una combinación de ellos cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo puedan constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población o a la conservación del patrimonio ambiental. Impacto ambiental es la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto, actividad en un área determinada y para terminar el análisis de conceptos relacionados con el tema que nos ocupa, corresponde referirse al concepto medio ambiente libre de contaminación: éste aparece descrito por la ley Nº 19.300 como aquél en que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental".
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.

La Corte de Apelaciones se remite a la ley para interpretar éste derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y en este sentido el profesor *Bermúdez* expresa que lo que comprende el medio ambiente, su contenido y elementos componentes es una *cuestión de vital importancia* si se considera que la *delimitación del contenido de éste derecho determinará en definitiva la extensión de las posibilidades de tutela del mismo*. Su contenido ha sido definido legalmente[476] en la ley 19300, definición de medio ambiente que tiene relevancia no sólo porque se trate de la más autorizada de las interpretaciones-la *legal*-, sino también según lo previsto en el artículo 1º de la ley 19300[477], el contenido del derecho al medio ambiente se regulará por las disposiciones de la propia ley[478].

Esta definición legal de medio ambiente no sólo incluye elementos naturales, sino también elementos artificiales de carácter sociocultural, ello quiere decir, que el entorno que importa a efectos de éste derecho no sólo es el comprendido por los ecosistemas de carácter natural, sino también queda al amparo el medio artificial y sociocultural creado por el ser humano-ciudades, áreas urbanas y todas las obras creadas por el hombre-.[479]

Es una noción amplia que alude a un *sistema global, lugar en que se producen las distintas interacciones de los subsistemas que lo componen*. Los elementos que integran éste sistema por cuya interacción o modificación se rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones, una de las cuales es la vida humana que sobre ella también influye el medio ambiente[480].

---

[476] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, señala en su artículo 2º letra ll), que para todos los efectos legales, se entenderá por *Medio Ambiente*: "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones".

[477] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 1º que: "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental *se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia*".

[478] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 19.

[479] Idem.; página 20.

[480] Idem.; página 20 y 21.

De la definición de medio ambiente libre de contaminación[481] que dispone la ley 19300, el profesor *Bermúdez* plantea que esta definición es una *interpretación legal o auténtica* de la norma constitucional, ya que el legislador dispone para todos los efectos legales, el sentido y alcance de ésta definición[482]. Así entonces se incorpora la idea de protección anticipada de los bienes jurídicos, toda vez, que los niveles de contaminación no deben constituir un riesgo, ni tampoco afectar bienes jurídicos protegidos sobre los que se proyecta la norma legal -salud, calidad de vida, preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental[483]-.

Sobre éste último punto debemos hacer un alcance, en el sentido que el profesor Raúl Bertelsen Repetto entiende que "*la Constitución, como indicáramos anteriormente y como es usual en las leyes fundamentales, no define ni lo que es medio ambiente ni lo que es contaminación*. Dado que tampoco existe una ley interpretativa de la Constitución que haya precisado con carácter obligatorio el significado de estos terminos, *ellos están entregados en su determinación a lo que resuelvan lo tribunales.*

Hay que advertir que la promulgación de la ley Nº 19300 sobre bases generales del medio ambiente no ha modificado esta situación, pues las definiciones que ella formula en su artículo 2º no revisten, cuando se refieren a conceptos usados en la Constitución Política, el carácter de leyes interpretativas de la Constitución, y tienen un alcance simplemente legal que no impide que los tribunales de protección entiendan los terminos usados por la Carta Fundamental en otro sentido[484].

[481] La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente en su Titulo I que contiene las disposiciones generales, establece en su artículo 2º letra m), que para todos los efectos legales, se entenderá por *Medio Ambiente Libre de Contaminación*: "aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de 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".
[482] Jorge Bermúdez Soto, Ob.Cit. en nota 369; página 21.
[483] Idem.; página 22.
[484] Raúl Bertelsen Repetto, Ob.Cit. en nota 471; página 156.

Agrega el profesor *Bertelsen* que "atendida la utilización explícita o implícita, en las normas constitucionales pertinentes –artículos 19 Nº 8 y 20- de conceptos indeterminados necesitados de una precisión jurisprudencial, como es el de medio ambiente y también el de contaminación, la aceptación de los recursos de protección en materia de medio ambiente y su eficacia, dependen en gran medida, de la interpretación que hagan los tribunales de dichos conceptos, y de la creatividad y decisión para decretar medidas de protección eficaces para poner remedio efectivo al agravio sufrido por el derecho tutelado[485].

Por tanto de lo anteriormente expresado podemos concluir que un tribunal de protección para precisar el contenido de estos preceptos constitucionales puede recurrir perfectamente a la ley, pero no lo obliga en el sentido de tener que aplicar esa norma al pie de la letra. Eso si creemos que la ley va a proporcionar a estos conceptos jurídicos indeterminados *una base* sobre la cual el tribunal construirá su definición de medio ambiente o de contaminación, debiendo tener en cuanta, las numerosas definiciones sobre contaminación, vertidos, desechos, medio ambiente, etc., conceptos en general relativos al medio ambiente que se encuentran contenidos en los tratados internacionales sobre el medio ambiente suscritos, aprobados y ratificados por nuestro país.

En el considerando vigésimo segundo[486] además de concluir el tribunal de alzada que de los antecedentes vertidos en el *proceso*, -destacando los informes técnicos que

[485] Idem.; página 174.

[486] En el considerando vigésimo segundo de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 33-2005 de 18 de Abril de 2005, redactada por la Ministra Sra. *Ada Gajardo Pérez*, se expresa: "Que los antecedentes vertidos en el proceso a través de informes técnicos, tales como: el contenido de metales pesados en el agua, entre los que merece destacarse el Hierro por la absorción que de este elemento hace el luchecillo, vegetal que constituye la mayor fuente de alimento para los cisnes; la parasitosis detectada en las aves que aparece consecuencial al estado de desnutrición de los mismos, y que habría producido una merma en la población de cisnes en el Santuario, constituye una muestra visible de un proceso de contaminación ambiental, en una zona de preservación de la naturaleza (aledaña a las instalaciones industriales de la Planta Celulosa), que se encuentra amparada, además, por la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América, conocida como Convención de Washington, ratificada por Chile en 1968".

demuestran como el principal alimento del cisne de cuello negro, de denominación común *luchecillo*, había sido mermada notablemente al punto que la escasez de ésta planta acuática provocó la muerte de los de cisnes de cuello negro por inanición- se puede constatar un visible proceso de contaminación ambiental en el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, se destaca además por éste tribunal que la zona del Santuario se encuentra amparado por la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América[487], en adelante *Convención de Washington*, publicada el día 4 de octubre de 1967, por tanto es norma incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno, y conforme a los argumentos que hemos expuesto durante el desarrollo de esta memoria se debe acotar que *éste Tratado Internacional y los demás Tratados Internacionales que mencionaremos prevalecen a la ley*.

Debemos destacar que la *Convención de Washington* tiene por objeto proteger la flora, fauna y las bellezas escénicas naturales de América, y comprende en su objeto de protección también a las *aves migratorias* como bien lo destaca el preámbulo de este Tratado, *a fin de evitar su extinción por cualquier medio al alcance del hombre*. Protege además los paisajes de incomparable belleza como lo es un Santuario de la naturaleza. El artículo I de la Convención de Washington define una serie de terminos entre los que se encuentra las aves migratorias[488], como lo es el *cisne de cuello negro*[489]

Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.

[487] La Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América, denominada comúnmente *Convención de Washington*, fue suscrita por nuestro país el día 12 de octubre de 1940, promulgada mediante Decreto Nº 351 de 23/08/67 y publicada el día 4 de octubre de 1967, Convención que en virtud de de las facultad Constitucional que le confiere al Presidente de la República *Sr. Eduardo Frei Montalva*, el inciso 2º del artículo 72 de la Constitución Política del Estado, se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como ley de la República. Refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores *Gabriel Valdés Subercaseaux*. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp860.pdf

[488] El artículo I punto 5 de la Convención de Washington dispone que se entenderá por *aves migratorias* "las aves pertenecientes a determinadas especies, todos los individuos de las cuales o alguno de ellos, cruzan en cualquier estación del año, las fronteras de los países de América".

y otras especies de aves que llegan al santuario para alimentarse y reproducirse. Por su parte el artículo VII de la Convención dispone que los gobiernos contratantes adoptarán las medidas apropiadas para la *protección de las aves migratorias de valor económico o de interés estético o para evitar la extinción que amenace a una especie determinada*.

Es de importancia que el Tribunal a través de esta sentencia se refiera a la Convención de Washington *como norma jurídica protectora del Santuario Carlos Anwandter*, y es de relevancia que se haya destacado porque son muy pocas las sentencias en materia ambiental que citan como normas vulneradas en un conflicto ambiental a un tratado internacional sobre la materia. Es cierto que la Convención de Washington –como bien destaca *Schlatter y Hucke-Gaete "es prácticamente inoperante y salvo contados aspectos no ha sido activa y de beneficio a los países panamericanos. Necesita urgentemente de una reactivación técnica, pero el organismo que la cobija, la OEA, es más una entidad hemisférica de índole política, que técnica*[490]". Creemos, sin embargo que debemos realizar la siguiente acotación, en el sentido que no obstante ser una

---

[489] Nombre común: Cisne de cuello negro
Nombre científico: Cygnus melancoryphus
Descripción:
Individuos adultos: Cabeza y cuello negro y resto blanco. Pico plomo con excrecencia carnosa (carúncula) roja intensa, patas color carne. Ceja y franja post-ocular larga de color blanco y que alcanza la nuca. El macho es más grande y posee tres carúnculas (protuberancia carnosa ubicada por encima del pico) y órgano copulador; la hembra tiene el cuello más corto y posee dos carúnculas en el pico.
Generalmente silencioso, el macho da silbos cortos y al hembra sonido suave y melancólico. Mide entre 110 y 125 cm. Comportamiento y aspecto inconfundible.
Polluelos: Cuando nacen todo el plumaje es blanco, el pico y las patas son gris azuloso oscuro. Las plumas de nacimiento son reemplazadas por plumas castañas muy claras. El cuello comienza a oscurecerse cuando ya son del tamaño de los adultos. Al año ya tienen el plumaje blanco y el cuello negro pero la carúncula sobre el pico no se le desarrolla hasta los tres o cuatro años.
El Cisne de cuello negro es natural de América del Sur, y a su vez, es el único representante del género Cygnus que habita en Sudamérica (Scott y col., 1972; Navas, 1977; Araya y Millie, 1986; Scott, 1988; Canevari y Narosky, 1995). Se distribuye desde los 34º hasta Tierra del Fuego y las Malvinas, pudiendo llegar al Trópico de Capricornio en la época migratoria (febrero y junio) (Scott y col., 1972; Clark, 1986; Venegas, 1994).
Su distribución comprende desde el sur de Brasil hasta Tierra del Fuego. Durante la primavera y verano austral cría en Chile (desde Huasco), Paraguay, Argentina y Uruguay. También crían en las Malvinas. Durante esta temporada algunos llegan hasta el Canal de Beagle al sur de la Isla Grande en Tierra del Fuego y el archipiélago Juan Fernández. Según se aproxima el invierno se desplazan hacia el norte. Durante este tiempo son más abundantes en Paraguay y se le ve en Brasil en Río Grande do Sul, Santa Catarina y Paraná, algunos llegan hasta São Paulo; antes llegaban hasta el sur Río de Janeiro. Se le considera bastante común.
En Chile esta especie se puede encontrar desde el valle del Huasco (Atacama) hasta Tierra del Fuego. Casualmente se encuentra en el Archipiélago de Juan Fernández (Philippi, 1964; Drouilly, 1976; Araya y Millie, 1986), siendo más abundante en la XII región (Markham, 1971; Drouilly, 1976; Venegas, 1994). Datos extraídos de las siguientes direcciones electrónicas:
http://www.ceachile.cl/Cruces/Cisne.htm
http://www.avesdechile.cl/

[490] Roberto P. Schlatter y Rodrigo Hucke-Gaete, *importancia de la cooperación internacional para la conservación de aves y mamíferos marinos presentes en Chile*. Revista Estudios Oceanológicos, Facultad de Recursos del Mar de la Universidad de Antofagasta, vol. 18 (1999); pp. 13-24. Disponible en formato Pdf en la siguiente dirección electrónica: http://www.uantof.cl/recursos_mar/est_ocean_vol1999.htm

norma con escasa *eficacia jurídica*[491], sigue siendo norma jurídica válida[492] al interior de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que su validez como toda norma internacional *no deriva del ordenamiento jurídico interno* sino del orden jurídico internacional y los mecanismos que tiene un Estado para dejar de obedecer lo prescrito por un Tratado Internacional, están regulados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, siendo uno estos mecanismos la denuncia o retiro del Tratado Internacional.

Quisiéramos destacar que otros Tratados Internacionales en materia ambiental también han sido vulnerados en este caso, como la misma *Convención Ramsar* y Convenio para la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje, conocida cono CMS o *Convención de Bonn*, la Convención sobre Diversidad Biológica, entre otros.

En el considerando vigésimo tercero[493] la Corte entiende que existe un atentado a la garantía constitucional del 19 Nº 8, a través de una *amenaza* de contaminación

[491] La eficacia de una norma jurídica, en cambio, es una cuestión de hecho, que se mide en función de los comportamientos prácticos inducidos por su fuerza obligatoria, *y que radica, sustancialmente, en el acatamiento efectivo que le presten los sujetos imperados por sus regulaciones conductuales*. Si bien la eficacia de las normas jurídicas debiera resultar una proyección natural de su validez, comoquiera que las normas jurídicas se dictan, precisamente, para ser obedecidas, es decir, para ser acatadas, imaginar que las normas jurídicas por el sólo hecho de ser válidas tienen asegurado su acatamientos práctico, importa una suposición por completo alejada de la realidad de los hechos. Agustín Squella, *el problema de la validez del derecho*. Boletín del Instituto de Docencia e investigación jurídica, 14 (1972). Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *el derecho del entorno y su enseñanza*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. I (1977); páginas 229 y 230.

[492] La validez de una norma jurídica es una cuestión de derecho que se mide en función de lo establecido por otras normas jurídicas, y que radica, fundamentalmente en su fuerza obligatoria respecto de los sujetos cuya conducta regula. . Agustín Squella, *el problema de la validez del derecho*. Boletín del Instituto de Docencia e investigación jurídica, 14 (1972). Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, *el derecho del entorno y su enseñanza*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. I (1977) Valparaíso, Chile; página 229.
La validez de la norma jurídica es una cuestión de derecho que alude a su existencia, como tal, esto es, como modelo anticipatorio, descriptivo y vinculante que preestablece una conducta como debida y que señala una sanción para la hipótesis de su incumplimiento. Así, cuando se predica que una norma jurídica es válida, se afirma que existe, como deber ser heterónomo y coactivo, y que por lo mismo, debe ser cumplida y aplicada. Agustín Squella Narducci, derecho, desobediencia y justicia. Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile Valparaíso (1977). Citado por Rafael Valenzuela Fuenzalida, derecho y ambiente. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. III (1979) Valparaíso, Chile; página 234.

[493] En el considerando vigésimo tercero de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 33-2005 de 18 de Abril de 2005, redactada por la Ministra Sra. *Ada Gajardo Pérez*, se expresa: "Que los reconocidos cambios de temperatura y de coloración a que han sido sometidas las aguas del río Cruces en el proceso productivo de la Planta Celulosa Valdivia; la acreditada descarga de los efluentes en los términos irregulares que se han constatado y que quedan consignados en los documentos acompañados; el exceso de nutrientes detectados en el agua; el mayor volumen de descarga de aguas utilizadas en relación con el proyecto presentado y su correspondiente autorización, *permiten afirmar a esta Corte que la empresa recurrida ha producido algún grado de impacto al medio ambiente*, situación que implica la existencia de un proceso que constituye a lo menos, *amenaza de contaminación*, que en el momento del Estudio no se pudo prever ni medir, no sólo porque éste se planteó en forma teórica, según lo permite el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en letra g), artículo 12, y que aparece de la propia lectura de la Resolución Aprobatoria (el muestreo de aves que se consideró, por ejemplo), sino por el mayor volumen con que la Planta ha operado, situaciones todas que permiten llegar a la conclusión, de que la recurrida ha actuado en forma arbitraria e ilegal, lo que importa un atentado en contra de la Garantía Constitucional contenida en el Nº 8º del artículo 19 de la Constitución

procedente de tres desviaciones mayores, cada una de las cuales constituye, por sí sola, un impacto ambiental de importancia, situación que implica como se lee en el considerando "la existencia de un proceso que constituye a lo menos, *amenaza de contaminación*". Lo anterior nos permite destacar que se interpreta el término afectado que se contiene en el artículo 20 inciso segundo en sentido amplio, esto es, comprendiendo una perturbación, privación o *amenaza*. Y esto es importante porque se ha interpretado la norma constitucional del 20 *en sentido garantista*.

Cabe recordar que una parte de la doctrina entiende que no procede amparar este derecho fundamental a través del proceso de protección, en caso que sea *amenazado* este derecho esencial, porque entienden que el término afectado *importa un agravio efectivo*, y por tanto comprendería sólo la privación o despojo del mismo y la perturbación o alteración en la situación de pacífico y tranquilo disfrute del mismo[494]. En relación con éste termino destacaremos las palabras del profesor *Valenzuela* "para que proceda la interposición del recurso se precisa que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado…". Respecto de los demás derechos amparados por el recurso se habla de sufrir privación, perturbación o amenaza en su legítimo ejercicio. En éste caso, sin embargo, se emplea el verbo afectar, en su voz pasiva, lo que mueve a entender que lo que se exige es que se esté ante un hecho consumado de privación o perturbación del derecho en cuestión, excluyéndose la

---

Política. No puede soslayarse el hecho de que en la evaluación de desviaciones se detectaron tres desviaciones calificadas como mayores, cada una de las cuales constituye, por sí sola, *un impacto ambiental de importancia*…".
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.

[494] El termino afectación según el profesor *Bertelsen* podría entenderse de tres maneras distintas: "la afectación de un derecho es una especie de agravio distinta de la privación, perturbación o amenaza, de las cuales habría que diferenciarla; la afectación de un derecho engloba la privación, perturbación o amenaza, de modo que basta la existencia de alguno de éstos agravios para admitir su existencia; la afectación de un derecho exige la ocurrencia efectiva de una lesión razón por las que comprende las figuras de privación, en que se despoja de un derecho, y de perturbación, en que se altera su pacífico ejercicio, pero no la de amenaza, que es el anuncio de un mal que todavía no se produce".
Raúl Bertelsen Repetto, *Informe en derecho. Facultades de la Conaf y contaminación de aguas de un lago*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 19 Nº 3 (1992) Santiago, Chile; página 569.

hipótesis de una mera amenaza de que ello ocurra, desde el momento que no puede sostenerse que se encuentre afectado en su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación quién sólo enfrenta el riesgo de que este derecho le sea conculcado. "*En materia ambiental, como es bien sabido, por razones de costo y debido a que pueden producirse efectos irreversibles, todo hace recomendable recurrir a la prevención antes que a la represión, y a la reparación. Privar pues a las personas, de poder recurrir de protección ante una amenaza de contaminación, sobre todo cuando esta amenaza envuelve un peligro cierto e inminente, importa limitar la eficacia práctica de éste remedio constitucional en una muy considerable medida*"[495].

Creemos que entendiendo el término afectado en sentido amplio, permite una interpretación finalista de la Carta Fundamental y en coherencia con los principios del derecho ambiental, prevención, quien contamina paga, desarrollo sustentable y otros afines, principios que por lo demás ayudan a concretar los valores positivados, como la *dignidad humana*.

En el considerando vigésimo cuarto[496] el Tribunal de Alzada decide reestablecer el imperio del derecho *adoptando la medida de protección tendiente a precaver una*

[495] Rafael Valenzuela Fuenzalida, *el recurso constitucional de protección sobre materia ambiental en Chile*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIII (1989-1990) Valparaíso, Chile; página 185.

[496]En el considerando vigésimo cuarto de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 33-2005 de 18 de Abril de 2005, redactada por la Ministra Sra. *Ada Gajardo Pérez*, se expresa: "Que de acuerdo don lo dispone la ley Nº 19.300, la Empresa Arauco S.A. deberá someter su proyecto a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, por no haberse realizado éste de acuerdo con sus condiciones materiales reales. Atendida la envergadura del proyecto y los efectos ambientales que el mayor volumen instalado implica agregar a los ya detectados en la zona, y que en consecuencia representan un eventual y peligroso aumento de contaminación ambiental, que debería influir en la condición de los humedales y del Santuario de la Naturaleza, atendida la gravitación e importancia que el río Cruces –en cuyo caudal se descarga el agua procesada – tiene sobre la zona, teniendo presente, además, que el mayor incumplimiento y peligrosidad ambiental se detectó con respecto a los residuos líquidos, obliga a oportunas medidas. La pérdida de vegetación y especies animales; la amenaza que tales efectos implican para una zona en que la naturaleza está protegida por las características de ésta; el hecho de que en el proceso productivo se toma y se elimina el agua desde y al río Cruces y la obligación que este Tribunal tiene por imperativo constitucional de adoptar las providencias necesarias, aparece como ineludible suspender las actividades de la empresa recurrida , en tanto no se lleve a cabo el Estudio de Impacto Ambiental, dado el justo equilibrio que tal medida representa entre la obligación de velar porque este derecho no sea afectado y la acción amenazante que la conducta de la recurrida ha representado, que obliga a esta Corte a proteger en forma urgente. El transcurso del tiempo, atendidos los antecedentes considerados en esta sentencia, implicarían retardo en la protección de los derechos amagados".
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.

amenaza consistente en "*suspender las actividades de la empresa recurrida* , en tanto no se lleve a cabo el Estudio de Impacto Ambiental, dado el justo equilibrio que tal medida representa entre la obligación de velar porque este derecho no sea afectado y la acción amenazante que la conducta de la recurrida ha representado, que obliga a esta Corte a proteger en forma urgente".

En el vigésimo quinto[497] considerando la Corte de Apelaciones junto con acoger el recurso de protección amparando el artículo 19 Nº 8, estima que no alcanzan a verse amenazados los demás derechos que se reclaman conculcados, es decir, el derecho a la vida, a desarrollar una actividad económica o el derecho de propiedad. En consecuencia se visualiza que ésta Corte estima que el derecho fundamental vulnerado es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación o como lo entendemos nosotros "derecho a vivir en equilibrio ecológico", lo que demuestra que el objeto de éste derecho se concibe como un bien jurídico de carácter autónomo, desvinculado del derecho a la vida y de los demás derechos esenciales destacados.

8.4.1.3.- Análisis de la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia

"*Si el jurista no sabe leer en la óntica integral del hombre, no va a ver el derecho, sino su sombra en la letra de los códigos (Basave). Tal afirmación sale al paso de un*

[497] En el considerando vigésimo quinto de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 33-2005 de 18 de Abril de 2005, redactada por la Ministra Sra. *Ada Gajardo Pérez*, se expresa*:* "Que de acuerdo con lo antes dicho y analizado no alcanzan a verse amenazados directamente el derecho a la vida, el derecho a desarrollar una actividad económica, ni el derecho de propiedad, todos amparados a través de este recurso, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. En mérito de lo considerado, disposiciones legales citadas, Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección y artículo 20 de la Constitución Política de la República se resuelve: Que se acoge, con costas, el Recurso de Protección deducido a fs. 1 en contra de Celulosa Arauco y Constitución S.A., representado legalmente por don José Vivanco, debiendo someterse a Estudio de Impacto Ambiental las modificaciones de hecho detectadas a la Resolución de Calificación Ambiental Nº 279 de 1998 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos. Se dispone, además, la paralización de faenas de la Planta Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A., mientras se realice el Estudio de Impacto Ambiental y hasta su aprobación".
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.

problema propio de nuestro tiempo: *la pérdida del sentido genuinamente humano del derecho*"[498].

En el considerando primero al quinto de la sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 1.853-2005 de 30 de mayo de 2005, el máximo Tribunal de la República se dedica a argumentar porque debe considerarse extemporáneo la presentación del recurso y por tanto, no amerita amparar ninguno de los derechos que se reclaman vulnerados a través del proceso de protección. Parte de la base conforme lo establece el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales de 24 de junio de 1992, que el recurso de protección debe interponerse dentro del *plazo fatal de quince días corridos* contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según sea la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. En el considerando quinto[499] la Corte Suprema cita al profesor *Soto Kloss* quién postula que tratándose de actos materiales –no jurídicos- el agravio se produce al momento de conocerlo el afectado, ya como amenaza, privación o perturbación. En consecuencia la Corte Suprema concluye que como los recurrentes tuvieron conocimiento del informe de la empresa MA&C Consultores que constata que la Planta Valdivia había incurrido en 19 desviaciones de la Resolución de Calificación Ambiental, en el mes de octubre de 2004, el recurso

[498] Maria Teresa Quirke Arrau, *los derechos humanos como límite a la soberanía*. Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 16 (1989) Santiago, Chile; página 319.

[499] En el considerando quinto de la sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 1.853-2005 de 30 de mayo de 2005, se lee: "Que el profesor Eduardo Soto Kloss, en su obra El Recurso de Protección, Editorial Jurídica, 1982, página 257, ha sostenido, precisamente, que "tratándose de actos materiales –no jurídicos– e incluso realizado por particulares, aparece racional concluir que el agravio se produce al momento de conocerlo el afectado, es decir, el instante inicial del cómputo ha de establecerse en aquel momento que el afectado adquiere conocimiento del hecho y tal hecho le signifique un agravio (ya como amenaza, como perturbación, o bien como privación en el legítimo ejercicio de un derecho amparado por el recurso de protección)". Y, constando en autos, como se dijo que los recurrentes tuvieron conocimiento del informe de la empresa MA&C Consultores –que concluyó que la Planta Valdivia de la recurrida había incurrido en 19 desviaciones de la Resolución de Calificación Ambiental y que, por ende, es el sustento de la acción constitucional intentada– en el mes de octubre de 2004, el recurso, deducido el 12 de enero de 2005, es extemporáneo.
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238

deducido el día 12 de enero de 2005 ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, es extemporáneo.

La sentencia de la Corte Suprema se pronuncia sobre una supuesta extemporaneidad del recurso, la que no fue advertida ni por la Sala Tramitadora de la Corte de Valdivia, que estimó que había sido interpuesto en tiempo y forma, ni por la defensa de CELCO, que no utilizó este argumento en ninguna instancia. Así, la Corte Suprema contradijo su propia jurisprudencia reiterada, según la cual en aquellos actos de desarrollo permanente y continuo, como son los que causan contaminación actual, un recurso de protección no puede ser extemporáneo mientras la acción contaminante persista[500].

Sobre la extemporaneidad de éste recurso, *Valentina Duran* expresa que "siendo usual que tratándose de recursos de protección la Corte Suprema se pronuncie sobre una posible extemporaneidad, aun cuando no la aleguen las partes, en este caso la Corte hizo prevalecer la materialidad de un informe del que se toma conocimiento por sobre la contaminación diaria de las aguas y su impacto en el ecosistema del santuario del río Cruces. *Con esta apreciación el máximo tribunal contradijo su reiterada jurisprudencia, que data de a lo menos veinte años, según la cual en aquellos actos de desarrollo permanente y continuo, como son aquellos que causan contaminación, un recurso de protección no puede ser extemporáneo mientras la acción contaminante persista, e incluso mientras los efectos persistan aunque hayan cesado las acciones*"[501].

En relación con la extemporaneidad del plazo *Francisco Zúñiga Urbina* comenta que "tradicionalmente se admitió como una regla especial de cómputo del plazo, cuando el

[500] Julio C. García, Ingrid Henríquez y Daniela Ramírez, *caso Celco: una falla multisistémica*. Revista de Derecho Ambiental, Publicación del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile Año II, Nº 2 marzo (2006) Santiago, Chile; al pie de página 154. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/pubicaciones/revista_derecho_ambiental_2.pdf

[501] Valentina Durán Medina, *Caso Celco: Un fallo Controvertido de la Excma.Corte Suprema*. Revista de Derecho Ambiental, Publicación del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile Año II, Nº 2 marzo (2006) Santiago, Chile; página 269. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/pubicaciones/revista_derecho_ambiental_2.pdf

acto impugnado tiene *desarrollo permanente y continuo*, que *no precluye la posibilidad de interponer el recurso en razón de permanecer en el tiempo la antijuridicidad*"[502].

Comenta el mismo autor acerca de la modificación[503] efectuada al Auto Acordado en 1992 que "esta modificación *introduce un elemento subjetivo en este tópico*, ya que *debe tenerse presente el momento de las noticias o conocimiento del hecho, lo que significa en una lectura asilada en una regla gramatical que los actos sucesivos en el tiempo o aquellos que no se agotan en una etapa determinada no dejan abierta la puerta permanentemente a la interposición del recurso*, puesto que desde que se haya tenido noticias o conocimiento de cualquiera de estos momentos se inicia el decurso del plazo. El concepto noticia, significa antecedentes acerca de la ejecución u omisión de hechos perjudiciales, y conocimiento, significa posibilidades reales y verídicas[504].

Concluye el profesor *Zúñiga* señalando que *la Corte Suprema no ha compartido el predicamento de la recurrente en orden a que la contaminación proveniente de una fuente causalmente establecida, sea un acto antijurídico permanente y continuo, ya que tal predicamento importaría la ausencia de plazo para interponer el recurso. Desde esta perspectiva la Sala Civil de la Corte Suprema hace suya una lectura gramatical*

---

[502] Francisco Zúñiga Urbina, *Comentario: Recurso de protección interpuesto por Vladimir Riesco Bahamondes y otros contra Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Arauco).* Gaceta Jurídica Nº 299 (2005).
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Gaceta Jurídica/Reseña Jurisprudencial/Comentario: Recurso de protección interpuesto por Vladimir Riesco Bahamondes y otros contra Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Arauco)
Número de Gaceta= 299 Número de Página= 44. Buscador Lexis Nexis.

[503] Francisco Zúñiga Urbina, *Comentario: Recurso de protección interpuesto por Vladimir Riesco Bahamondes y otros contra Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Arauco).* Gaceta Jurídica Nº 299 (2005). El autor expresa que: "sin embargo la modificación al Auto Acordado del rubro dispone que el cómputo del plazo de interposición del recurso de *protección opera desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que hará constar en autos*".
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Gaceta Jurídica/Reseña Jurisprudencial/Comentario: Recurso de protección interpuesto por Vladimir Riesco Bahamondes y otros contra Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Arauco)
Número de Gaceta= 299 Número de Página= 44. Buscador Lexis Nexis.

[504] Ibidem.

restrictiva del Auto Acordado en materia de cómputo del plazo para interponer el recurso de protección, que innova con la doctrina jurisprudencial anterior[505].

En el considerando décimo[506] los ministros sentenciadores concluyen que no es la misión de los tribunales de justicia reemplazar a la autoridad ambiental en el ejercicio de sus funciones, ya que es la Corema de la X región, el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de la Calificación Ambiental, *siendo improcedente que tal labor sea entregada a los organismos jurisdiccionales*.

Sobre esta materia *Valentina Durán Medina* opina que en el considerando décimo el máximo Tribunal toca el tema de la *misión de los órganos jurisdiccionales* en el recurso de protección en materia ambiental, agregando que es un dilema no resuelto. Expresa que "*ante problemas que plantean una gran complejidad técnica que está sometida a la apreciación de organismos técnicos de la Administración, los Tribunales tienden a inhibirse de entrar al fondo, no sólo en materias ambientales por cierto, y no sólo en nuestro país*[507]".

Comenta la profesora que "parte de la doctrina y jurisprudencia estiman que el control jurisdiccional de los actos de la administración *no puede llevar a que un tribunal dicte*

---

[505] Ibidem.

[506] En el considerando décimo de la sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 1.853-2005 de 30 de mayo de 2005, se lee: "Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la COREMA X Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del Nº 8 del artículo 19 de la Constitución Política se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la Carta Fundamental, sin perjuicio de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo".
"Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238

[507] Valentina Durán Medina, Ob.Cit. en nota 501; página 270. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/pubicaciones/revista_derecho_ambiental_2.pdf

un acto administrativo de reemplazo. Esto es aún más difícil de concebir tratándose de una Resolución de Calificación Ambiental -en adelante *RCA*- que pone término a un proceso reglado, en el cual el tribunal no ha participado, y con mayor razón cuando se conoce de una acción cautelar, sumarísima y de urgencia como es el recurso de protección". Admitiendo entonces que no sería función de las Cortes dictar una RCA de reemplazo, estimamos que aquellas, *tratándose de una acción cautelar, de urgencia, pueden y deben ordenar otras medidas que busquen restablecer el imperio del Derecho*, ello con prescindencia de si el recurso se dirige en contra de la empresa o de la autoridad, y sin importar que el destino de la actividad contaminante vuelva a caer en definitiva en manos de la autoridad administrativa[508].

La profesora *Valentina Duran Medina* agrega que "si seguimos el razonamiento de ambos fallos -refiriéndose además a la Sentencia de la Corte Suprema de 19 de junio de 2002 en el caso Itata- de nuestro Tribunal Superior, vemos que de alguna manera los Ministros le atribuyen a la autoridad administrativa ambiental el *monopolio de la determinación de la legalidad, racionalidad y bondad de los actos que cuenten con una autorización de funcionamiento como la RCA. Y teniendo un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental obligatorio en nuestro país desde 1997, es difícil concebir afectaciones graves al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que no se produzcan en el contexto de una actividad aprobada por una RCA*[509].

[508] Idem.; página 271. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/pubicaciones/revista_derecho_ambiental_2.pdf
[509] Idem.; página 272. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/pubicaciones/revista_derecho_ambiental_2.pdf

De este modo -concluye-, *al no existir otras vías idóneas* para controlar la discrecionalidad administrativa en materia ambiental, la garantía constitucional del 19 Nº 8, que consagra no sólo el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, *sino también el deber del Estado de velar para que este derecho no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza, se transforma en letra muerta en un gran número de supuestos, vulnerándose el principio de Inexcusabilidad de la Jurisdicción, establecido en el artículo 10 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales*[510].

El profesor *Francisco Zúñiga Urbina* comenta que la doctrina jurisprudencial de la Sala Civil de la Corte Suprema *se asila en la tradicional definición del recurso de protección como acción de amparo de derechos fundamentales, de naturaleza cautelar, abreviada, unilateral, extraordinaria y de urgencia*; *que restablezca el imperio del derecho y asegure la debida protección del afectado*. En este orden de ideas tempranamente la doctrina jurisprudencial señala: "... El recurso de protección protege a los individuos mediante ciertas providencias que evitan los efectos del acto arbitrario o ilegal que haya amagado un derecho indiscutido y palmario; *pero en ningún caso puede tener por objeto la declaración o constitución de derechos, en atención de la naturaleza misma de la institución –protectiva–*, a las circunstancias procesales en que se desenvuelve el conflicto; ausencia de oportunidades para la producción y crítica de la prueba y para un fallo debidamente informado y tranquilamente meditado; tampoco a la finalidad del llamado recurso de protección, que es la adopción de medidas de seguridad y tutela, y finalmente, al limitado efecto de cosa juzgada formal que tiene la

[510] Ibidem.

sentencia que lo resuelve. Esta temprana doctrina jurisprudencial reconociendo la naturaleza cautelar o de amparo del recurso de protección, *impide utilizar esta vía procesal para declarar derechos o constituir situaciones jurídicas nuevas*[511].

En el fondo –agrega el profesor *Zúñiga*- la Sala Civil de la Corte Suprema *hace suyo el argumento de la recurrida* en orden a que la Planta Valdivia de la Celulosa Arauco y Constitución S.A. *es una fuente contaminante sometida al imperio del derecho*, es decir, *sometida al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la ley Nº 19.300*, ley de desarrollo del Nº 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Luego, las sanciones administrativas que provienen de la institucionalidad medioambiental y los juicios por daño ambiental *serían las vías procesales idóneas* para la cautela de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En este mismo orden de ideas, la Resolución de Calificación Ambiental singularizada que emana de la institucionalidad medioambiental, se transformaría en el centro de la eventual litigiosidad derivada de la contaminación antijurídica lesiva de derechos fundamentales. Los incumplimientos o desviaciones de una certificación ambiental -R.C.A. Nº 279, 1998- tienen en la institucionalidad medioambiental instrumentos correctivos o de restablecimiento del derecho[512].

El profesor *Francisco Zúñiga Urbina* concluye que tanto en la extemporaneidad del recurso e inidoneidad de la vía procesal, *la Sala Civil de la Corte Suprema opta por una decisión notoriamente deficitaria en el plano garantista*.

[511] Francisco Zúñiga Urbina, Ob.Cit. en nota 502.
[512] Francisco Zúñiga Urbina, Ob.Cit. en nota 502.

En efecto, tratándose del cómputo del plazo para interponer el recurso de protección *la sentencia se asila en una lectura gramatical y restrictiva*, que desconoce la continuidad y permanencia de situaciones jurídicas antijurídicas, *con el solo argumento de que esta hipótesis hace ilusorio el plazo preclusivo de interposición de la acción*. En cuanto a la inidoneidad de la vía procesal de amparo de derechos fundamentales, para impugnar y con ello cuestionar o revisar decisiones administrativas de contenido técnico, el argumento de la sala de que se encuentra bajo el imperio del derecho una actividad contaminante, *por el solo hecho de someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es un argumento simple, pero falaz*[513].

Agrega que contribuye a una cierta confusión acerca de qué es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y sus instrumentos, y la naturaleza de los actos administrativos de certificación; la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema concerniente a la resolución de calificación ambiental que se pronuncia sobre un estudio de impacto ambiental ... *constituye únicamente una valoración técnica que formuló una autoridad, esto es, se trata de un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material susceptible de causar o de permitir la contaminación en el medio ambiente que se trata de precaver, o aun que por sí mismo sea capaz de producirla*[514].

Destaca el profesor que en suma, la expresión bajo el imperio del derecho *no significa simplemente la sujeción de una actividad económica a la ley*, de suerte que, toda infracción a la regulación se agote en los mecanismos de represión de la antijuridicidad previsto en dicha regulación. *Sólo se agotan los mecanismos ordinarios, pero nunca los*

[513] Francisco Zúñiga Urbina, Ob.Cit. en nota 502.
[514] Francisco Zúñiga Urbina, Ob.Cit. en nota 502.

mecanismos extraordinarios como el recurso de protección[515]. En definitiva, el argumento de la Sala Civil de la Corte Suprema en orden a que la situación o hecho se encuentra bajo el imperio del derecho lleva a la anulación del recurso de protección como una acción de amparo de derechos fundamentales, *quedando reducida su órbita a las vías de hecho o ilegalidad desnuda*. Por consiguiente, la sentencia comentada de la Sala Civil de la Corte Suprema se enmarca dentro de una preocupante tendencia del último lustro que *racionaliza o jibariza las acciones constitucionales* de amparo de derechos fundamentales como el recurso de protección y el recurso de amparo económico. Es una *tendencia antigarantista,* que da la espalda a los principios rectores de una interpretación conforme a la Constitución, y en particular a una interpretación de los derechos fundamentales fundada en principios de irreversibilidad, progresividad, posición preferente, eficacia erga omnes, fuerza expansiva y *principio favor libertatis o pro homine*[516].

La racionalización anotada de las acciones constitucionales y del recurso de protección es un remedio ante la *elefantiasis o hipertrofia del recurso de protección* convertido en un *sucedáneo del contencioso administrativo* y favoreciendo el paralelismo de vías procesales impugnativas.

Sin embargo, *el remedio sacrifica una cultura y una jurisprudencia garantistas*, generando un verdadero divorcio con la Constitución como derecho y sus reglas hermenéuticas, en particular con los derechos fundamentales. Pero además el remedio, al utilizar la potestad normativa de naturaleza reglamentaria (superintendencia) de la Corte Suprema, *infringe el principio de legalidad* al estatuir reglas procedimentales y

[515] Francisco Zúñiga Urbina, Ob.Cit. en nota 502.
[516] Francisco Zúñiga Urbina, Ob.Cit. en nota 502.

reglamentar garantías constitucionales mediante simples autos acordados, sustituyendo el tribunal supremo a los órganos legislativos[517].

Luego de los certeros análisis de los profesores destacados, nos cabe hacer la siguiente reflexión. Si bien es cierto que un Tribunal de justicia es libre de interpretar las normas jurídicas y de uniformar la aplicación del derecho en el caso de los Tribunales de Alzada, sobre todo cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, como medio ambiente y contaminación, también es cierto que en ese proceso hermenéutico no es que se conceda a este órgano jurisdiccional una libertad absoluta para determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas, sino que en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, un tribunal de justicia debe someterse en su actuar, a las restricciones procedentes del ejercicio de los derechos esenciales reconocidos por el Estado, como también de los derechos contenidos en Tratados Internacionales sobre derechos humanos, incluso el respeto a todo derecho inherente a la persona humana, *aunque no esté expresamente contemplado en su texto*[518], ya que se debe recordar que la finalidad del Estado es promover el bien común, y para alcanzar la mayor realización material y espiritual posible de todos los integrantes de nuestra nación, es menester que el Estado y de sus órganos que en la especie tienen la misión de concretar esta finalidad *en todas sus actuaciones, se encuentren al servicio de la persona humana, sólo así tendremos la certeza como ciudadanos de encontrarnos regido por un Estado de Derecho*.

---

[517] Francisco Zúñiga Urbina, Ob.Cit. en nota 502.

[518] En la sesión Nº 414 celebrada en 27 de septiembre de 1978 se lee que a indicación del *Sr. Guzmán* se suprime el artículo 28 que rezaba como sigue: "la Constitución asegura el respeto de todo derecho inherente a la persona humana, aunque no esté expresamente contemplado en su texto". La indicación la formula el comisionado pues a su juicio "*el principio ya esta contenido en el artículo 5º capítulo 1º, que dispone que la soberanía reconoce como limitación los derechos que emanan de la naturaleza humana, de manera que su consagración adicional podría ser fuente de inconvenientes antes de ventajas prácticas, aparte que podía dar lugar para invocarlo con cualquier otra finalidad*".
Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 414 celebrada el 27 de septiembre de 1978. Disponible en la siguiente dirección electrónica: -se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-;
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=5&codigo=Capítulo%205,%20Congreso%20Nacional ; pagina 4 del documento disponible en formato pdf.
Archivos de Capítulo 5, Congreso Nacional.

Debemos recordar que el máximo Tribunal tuvo la soltura para estimar que "aun cuando el recurso hubiera sido deducido dentro de plazo, que no lo fue, *igualmente habría de rechazarse* según se dirá en los considerandos que siguen[519]", llegando incluso a decir basándose en un *supuesto informe ambiental* del Centro Eula de la Universidad de Concepción,- informe que posteriormente negó el Centro Eula, determinándose que fue la propia empresa la que redactó un informe en la que los ministros sentenciadores basaron sus opiniones- *se demuestra que la planta Valdivia no aporta hierro al Cruces y que, al contrario, lo elimina*.

Al respecto sólo acotaremos que uno de los argumentos sostenidos por algunos de los comisionados -ya en 1976- para argumentar a favor del reconocimiento del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación era precisamente la contaminación *producida en particular por las industrias*. En este sentido expresaba el comisionado *Sr. Diez* que "ahora bien, el problema se produce cuando existe una zona que desea atraer hacia ella riquezas y, por ende procurarse entradas. Porque quienes producen contaminación ambiental no son sólo los pescadores con sus motores a bencina, en los lagos y embalses, o los que botan basuras, etc. Hay una contaminación ambiental que es, seguramente, mucho más grande, la producida por las industrias, por los elementos de calefacción, etcétera. *Esa es la contaminación ambiental generadora del problema que se tiene en nuestro país*[520].

[519] Considerando sexto de la sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 1.853-2005 de 30 de mayo de 2005.
Referencia del Documento: Jurisprudencia/Jurisprudencia on-line/Jurisprudencia (fallos)/Corte Suprema/2005/Recurso de protección. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.

[520] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales ; página 12 del documento pdf.
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

Las palabras expresadas por el comisionado, además de reflejar un profundo entendimiento de la crisis ambiental que enfrenta nuestra nación y la humanidad a la que pertenece, demuestra que hasta hoy en día es uno de los mayores focos de generación de contaminación en nuestro país.

La toma de conciencia acerca de este grave problema ambiental demuestra que *no es necesario ser científico para darse cuenta de que la contaminación peligrosa atenta contra la vida y salud humana o el equilibrio ecológico, basta sólo con observar el entorno que nos rodea e informarse con la literatura adecuada* y en el caso de quienes tienen la misión de juzgar nuestras conductas, *interpretar las normas con sentido humano, lo que implica imprimir un carácter finalista al proceso hermenéutico, garantizando nuestros derechos más esenciales*.

Los juicios emitidos por lo sentenciadores desvirtuando el informe científico de la *Universidad Austral de Chile* que expresamente señala que "*que las actividades de la planta Valdivia de Celco han incidido de forma significativa en los cambios ambientales que han ocurrido en el humedal del río Cruces durante el último año*", no hace más que pensar en una *ligereza* con que se ha resuelto este caso.

Al respecto la profesora Valentina Durán ha expresado que "si aún así, los Ministros sentenciadores de la Excma. Corte Suprema tenían alguna duda, *podrían haber dispuesto como medida para mejor resolver, la realización de un estudio o peritaje independiente*, tal como lo permite el Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección. Para quienes leímos el informe de la Universidad Austral de Chile –expresa la profesora- nos es fácil apreciar el mérito científico de sus conclusiones. A pesar de ello, los sentenciadores obviaron la clara y contundente conclusión del informe de la Uach.

Esgrime la profesora *Durán* que, *se debe mejorar la comprensión de la Ciencia por parte del Derecho*, y precisar las reglas de la apreciación de la prueba en áreas técnicas como las ciencias ambientales. Pero nos sorprende, ante esta apreciación arbitraria de la prueba, que se deba reglamentar lo obvio. ¿Es que entonces debiesen regularse, incluso en el ámbito de la apreciación en conciencia de la prueba, los requisitos de validez y el grado de certeza de las conclusiones de un informe científico? *La libertad que el recurso de protección otorga a los jueces para apreciar la prueba, al admitirse la sana crítica, no los faculta para hacerlo en forma arbitraria*"[521].

Además debemos agregar que la sentencia de la Corte Suprema que revoca la de primera instancia, rechazando el amparo a través del recurso de protección de la garantía constitucional 19 N 8, en ninguno de sus considerandos se refiere a la vulneración de algunos Tratados Internacionales, como la *Convención de Washington* como sí destaca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

La Corte suprema al no referirse a las Convenciones Internacionales vulneradas, independiente de que haya declarado la extemporaneidad del recurso de protección, -ya que es deber del Estado, por tanto también de todos sus órganos, *preservar la naturaleza* y conservar el patrimonio ambiental-, refleja la carencia de importancia que le imprime a las normas jurídicas internacionales sobre la materia, como órgano jurisdiccional.

Es evidente que esta Convención ha sido vulnerada por nuestro país, primero porque *nuestras autoridades* no protegen esta belleza escénica y paisajista que se llama Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, tampoco se considera la protección de

[521] Valentina Durán Medina, Ob.Cit. en nota 501; página 273. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/pubicaciones/revista_derecho_ambiental_2.pdf

las especies migratorias que habitan por temporadas en este humedal de importancia internacional, como lo es el cisne de cuello negro. En consecuencia, *la empresa Celco ha ocasionado un gran desastre ambiental en gran medida porque el propio Estado de Chile se lo ha permitido*, al no respetar los tratados internacionales que se encuentran incorporados al ordenamiento jurídico interno, *lo que demuestra que nuestro Estado no sólo no conserva su patrimonio ambiental para traspasarlo a las futuras generaciones, sino que también infringe su deber constitucional de protección del medio ambiente o equilibrio ecológico.*

La *Convención de Washington* había sido citada con anterioridad, en otras causas ambientales, verbigracia, en el *caso lago chungará*. Se cita la Convención de Washington en el considerando décimo tercero en el que se destaca su autoridad de ley de la República –para nosotros *prevalece sobre la ley*- y en el considerando décimo cuarto cita además a la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, pues a petición de Chile, se declaró al lago chungara reserva de la biosfera. En el considerando décimo sexto se lee 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 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 acuerdo 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 contienen 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…"[522].

En el caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter se encuentra protegido al menos por cinco tratados Internacionales sobre el medio ambiente, como la Convención de Washington, la Convención de Bonn o *CMS*, Protocolo especifico adicional al Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente, *sobre Conservación de la flora y fauna silvestre compartida entre chile y argentina*, Convención sobre la Diversidad Biológica y la Convención Ramsar, *y ninguno de ellos ha sido respetado, no obstante prevalecer* como destacamos más arriba, *el Tratado sobre la Ley*.

Finalmente quisiéramos expresar que desde varios siglos atrás existe un aforismo latino denominado *Iura novit curia*, que significa literalmente: "*el juez conoce el derecho*", siendo utilizado en derecho para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. Las partes se limitan a probar los hechos y, no los fundamentos de derecho aplicables. De este modo, el juez debe *someterse a lo probado en cuanto a los hechos*, pero puede ampararse en ese principio *para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa, toda vez que es este quien debe resolver*[523]-[524].

---

[522] Sentencia de la 1ª Sala de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 1985 Rol Nº 19824, caratulada Palza Carvacho y otros, redactada por el Ministro Sr. Osvaldo Erbetta Vaccaro.

[523] A modo de ejemplo de aplicación práctica es posible citar dos fallos:
Una Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos que podemos resumir de la siguiente manera : "Aunque los peticionarios no invocaron el artículo 19, que protege el derecho del niño, la Comisión opina que se debería examinar también esta disposición en vista de que una de las presuntas víctimas tenía 13 años de edad cuando ocurrieron los hechos. De conformidad con el principio general de la legislación internacional iura novit curia, los organismos internacionales tienen el poder, e incluso el deber, de aplicar todas las disposiciones jurídicas pertinentes, incluso aunque no hayan sido invocadas por las partes". (Opinión Comité Interamericano in re Sra. X v. Argentina del 15 de octubre de 1996). Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.derechos.net/doc/cidh/index.html
En materia civil los jueces tiene únicamente la iniciativa en la aplicación de la ley y las partes la de allegar los hechos en que se basan las acciones y excepciones aducidas al juicio.
Los jueces de derecho entonces, *tienen el deber inexcusable de aplicar a los hechos invocados y probados los preceptos legales pertinentes aún cuando no los aduzcan las partes*. (Corte Suprema, 6 mayo 1964, R. D. J Tomo Nº 61 pág.81)
En este caso, conforme la máxima *Iura Novit Curia*, el juez como conocedor del derecho debe suplir ex officio la errónea o imperfecta interpretación de la ley que hicieren las partes o aplicar esta cuando los litigantes la omiten. *Al hacerlo no incurre en*

Y al respecto nos preguntamos, si acaso los Tratados Internacionales sobre el medio ambiente suscritos, aprobados, ratificados, promulgados y publicados, no son normas jurídicas validas y aplicables al interior de nuestro ordenamiento jurídico nacional, de manera que un Tribunal de Alzada pudiese invocarlas para proteger nuestro patrimonio ambiental, para preservar la naturaleza y para amparar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho humano, esencial por emanar de la naturaleza humana y que los interpretes no pueden soslayar ni menos obviar, *porque el juez conoce el derecho* ¿o no?.

9.- Convención para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste o Convención de Lima

A *nivel regional*, Chile *suscribe* la Convención para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste[525]-[526], en adelante *Convención de Lima*, el día 12 de noviembre de 1981 en la ciudad de Lima, Perú, Tratado que se *incorpora* al ordenamiento nacional, *en junio de 1986.*

Se arriba a la conclusión de ésta convención, porque las Altas Partes Contratantes han considerando que los diferentes convenios internacionales vigentes en materia de contaminación marina *no cubren*, a pesar de todo el progreso realizado, *todos los tipos y fuentes de contaminación* y no satisfacen totalmente, las necesidades y exigencias de

ultra petita sino que da cumplimiento a los artículos 10 del COT y 170 Nº 4 y 5 del CPC y el artículo 76 inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile.

[524] Al respecto podemos visualizar que este principio también subyace la doctrina denominada "protección de oficio" desarrollada por el profesor Mario Verdugo Marinkovic y que ha sido destacada en esta memoria.

[525] El *Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacifico Sudeste*, fue promulgado por el Decreto N° 296 del Ministerio de Relaciones Exteriores el día 07/04/86, publicándose en el Diario Oficial el día 14 de Junio de 1986, y que en virtud de la facultad que le confiere al Presidente de la República las disposiciones constitucionales en sus artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución Política del Estado, *se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto como ley de la República*, la presente Convención.

[526] El texto de la Convención para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste o *Convención de Lima*, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani670.pdf

los países de la región. Por ello acuerdan el presente Convenio, cuyo ámbito de aplicación será el Área Marítima y la Zona Costera del Pacífico Sudeste, *dentro de la zona marítima de soberanía y jurisdicción hasta las 200 millas* y *más allá de dicha zona, el Alta Mar, hasta una distancia en que la contaminación de ésta pueda afectar a aquella*[527].

Podemos destacar la curiosa atribución de ésta norma internacional, en cuanto permitiría la aplicación de éste Convenio, *incluso en Alta Mar*, ámbito que por cierto no pertenece a ningún Estado del mundo, pero que para efectos de prevenir, controlar y evitar la contaminación del medio marino, las Altas Partes Contratantes se han auto atribuido una *especie de soberanía ambiental*, para aquel ámbito que se extiende más allá de la soberanía económica que ejercen los Estados Partes, sobre la Zona Económica Exclusiva de 200 millas marinas.

Ahora las Altas Partes, para los efectos del presente convenio, entienden por *contaminación del medio marino*, la *introducción por el hombre*, directa e indirectamente, de *sustancias o de energía* en el medio marino, inclusive los estuarios, cuando produzca o pueda producir *efectos nocivos*, tales como *daños* a los *recursos vivos y la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas*, incluso la pesca y otros usos legítimos del mar, *deterioro de la calidad del agua* del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento[528].

Estas Partes Contratantes, también han asumido como *obligación general*, la prevención, reducción y el control de la contaminación del medio marino y zona costera del Pacífico Sudeste, velando por una adecuada gestión ambiental de los

[527] Artículo 1 del *Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacifico Sudeste*.
[528] Artículo 2 del *Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacifico Sudeste.*

recursos naturales y procurando que las leyes y reglamentos que expidan para lograr lo anterior, *sean tan eficaces como aquellas normas vigentes de carácter internacional*[529].

A su vez, *contraen internacionalmente varias obligaciones de hacer*[530], ya que deben por un lado, *adoptar las medidas necesarias* para que las actividades bajo su jurisdicción o control, se realicen de tal forma que no causen perjuicios por contaminación a las otras ni a su medio ambiente, y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control, dentro de lo posible, no se extienda más allá de las zonas donde ejercen soberanía y jurisdicción, es decir, se quiere evitar con esto último, entre otros, la contaminación transfronteriza[531].

Por otro lado, también deben *adoptar medidas* destinadas a reducir en el mayor grado posible la contaminación del medio marino ya sea procedente de las *descargas de sustancias tóxicas*, perjudiciales y nocivas, cualquiera que sea su fuente -desde fuentes terrestres, desde la atmósfera o a través de ella, o por vertimiento- , sea procedente de la contaminación *causada por buques*; aquella que procede de la contaminación *proveniente de todos los otros dispositivos e instalaciones que funcionen en el medio marino*[532].

Es más, asumen un *deber de cooperación entre ellas*, respecto a situaciones de emergencia de contaminación, respecto al deber de implementar un sistema de vigilancia de la contaminación, respecto al deber de evaluar las repercusiones en el medio ambiente de proyectos que puedan provocar una contaminación considerable en la zona de aplicación del Convenio u originar en ella transformaciones apreciables y perjudiciales. Finalmente las Altas Partes Contratantes acuerdan que el presente Convenio *no afecta aquellas obligaciones más exigentes* asumidas por ellas, en virtud

[529] Extraído de artículo 3 del *Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacifico Sudeste.*
[530] Las palabras destacadas son nuestras.
[531] Extraído del artículo 3 del *Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacifico Sudeste.*
[532] Extraído del artículo 4 del *Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacifico Sudeste.*

de convenciones y acuerdos especiales concertados o que concertaren sobre la protección del medio marino[533].

10.- Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos

10.1.- Aspectos generales

Nuestro país también suscribió el *Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos*[534], en adelante *Protocolo Protección Pacífico Sudeste*, el día 22 de Julio de 1983 en Quito, Ecuador, incorporándose definitivamente en junio de 1986. Este *Protocolo Protección Pacífico Sudeste*, desarrolla la Convención para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacifico Sudeste de la cual es parte, reafirmando y reiterando algunas de sus disposiciones y enumerando en sus Anexos aquellos elementos y compuestos químicos que necesariamente deben *prevenir, reducir, controlar y eliminar* en el caso de las descargas de las sustancias enumeradas en el Anexo I o bien en *reducir gradualmente* aquellas enumeradas en su Anexo II.

Si se verifican descargas de las sustancias enumeradas en los Anexos I y II, será necesario cumplir conforme al *Anexo III*, con las exigencias de expedición de una autorización de descarga de desechos, respecto de la cual se tendrá particularmente en cuenta factores como, el tipo, forma, cantidad, modalidad, concentración de los desechos y las dimensiones de su fuente, además de las características del lugar de

[533] Extraído de los artículos 6º, 7º, 8º y 20º del Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacifico Sudeste.

[534] El *Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos*, fue promulgado por el Decreto N° 295 del Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 07/04/86, publicándose en el Diario Oficial el día 19 de Junio de 1986, y que en virtud de la facultad que le confiere al Presidente de la República las disposiciones constitucionales en sus artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución Política del Estado, se dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto como Ley de la República, el presente *Protocolo*. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani669.pdf

descarga y del medio marino receptor, como también, la posible perturbación de los ecosistemas marinos y de los usos del agua del mar[535].

Las descargas de desechos que contengan las sustancias indicadas en los anexos I y II estarán sometidas a un sistema de autovigilancia y control por parte de las autoridades nacionales competentes.

El ámbito de aplicación del presente Protocolo comprende el área del Pacífico Sudeste dentro de la Zona Marítima de soberanía y jurisdicción, hasta las 200 millas de las Altas Partes Contratantes, así como las aguas interiores hasta el límite de las aguas dulces. El límite de las aguas dulces será determinado por cada Estado Parte, de acuerdo con los criterios técnicos o científicos pertinentes[536]. Agrega el *Protocolo* que las fuentes de terrestres de contaminación marina comprende *no sólo los emisarios o depósitos y descargas costeras sino además las descargas de ríos, canales u otros cursos de agua, incluidos los subterráneos, y en general, cualquiera otra fuente terrestre situada dentro de los territorios de las Altas Partes Contratantes, ya sea a través del agua, o de la atmósfera, o directamente desde la costa*[537].

Las Altas Partes Contratantes han asumido en virtud de éste *Protocolo* otras *obligaciones generales*, en cuanto a *prevenir, reducir o controlar* la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres incluso los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe, *cuando produzcan o puedan producir efectos nocivos* tales como *daños a los recursos vivos y la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización* de las actividades marinas, *incluso la pesca* y otros usos legítimos del mar, *deterioro de la calidad del agua del mar* para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento. Para evitar lo anterior, dictarán leyes y reglamentos *teniendo*

[535] Extraído del Anexo III del *Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.*
[536] Artículo 1 del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.
[537] Extraído del artículo 2 del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.

en cuenta las reglas y estándares, así como las *prácticas y procedimientos* recomendados que se hayan *convenido internacionalmente*.[538] Tales reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos, deberán tener en cuenta las características ecológicas, geográficas y físicas locales, la capacidad económica de las Partes y su necesidad de desarrollo, el *nivel de contaminación existente y la capacidad efectiva de absorción del medio marino*[539].

Además, las Altas Partes no sólo han asumido *obligaciones respecto del Anexo I*, a fin de *prevenir, reducir, controlar y eliminar* en sus respectivas zonas del ámbito de aplicación del presente Protocolo, la contaminación de fuentes terrestres, provocada por las *sustancias o fuentes enumeradas en ese anexo* [540], sustancias[541] que por lo demás fueron seleccionadas principalmente en función de su toxicidad, persistencia y bioacumulación[542], sino también han asumido obligaciones respecto del *Anexo II*, a fin de *reducir gradualmente* la contaminación de fuentes terrestres provocada por las *sustancias o fuentes* enumeradas en éste Anexo[543], sustancias[544] que por lo demás son

[538] Extraído del *artículo 3* del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.
[539] Extraído del artículo 6 del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.
[540] Extraído del *artículo 4* del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.
[541] El Anexo I del Protocolo dispone que *las sustancias y las familias y grupos de sustancias* que a continuación se indican, se enumeran, sin orden de prioridad, a efectos de lo dispuesto en el artículo IV.
1. Compuestos organohalogenados y sustancias que puedan formar esos compuestos en el medio marino. (*)
2. Compuestos organofosforados y sustancias que puedan formar esos compuestos en el medio marino. (*)
3. Compuestos orgánicos del estaño y sustancias que puedan formar esos compuestos en el medio marino. (*)
4. Mercurio y sus compuestos.
5. Cadmio y sus compuestos.
6. Aceites lubricantes usados.
7. Materiales sintéticos persistentes que puedan flotar, permanecer en suspensión o hundirse y que puedan obstaculizar cualquier uso legítimo del mar.
8. Sustancias de las que se haya probado que tienen propiedades cancerígenas, teratógenas o mutágenas en el medio marino o por conducto de éste.
9. Sustancias radiactivas, incluidos sus desechos, si las descargas de las mismas no se realizan de conformidad con los principios de protección contra las irradiaciones definidos por las organizaciones internacionales competentes, teniendo en cuenta la protección del medio marino. (*) Indica que excepciona aquellos que sean biológicamente inocuos o se transformen rápidamente en sustancias biológicas inocuas.
El presente anexo no se aplica a las descargas que contengan las sustancias enumeradas en la sección A en cantidades inferiores a los límites definidos conjuntamente por las Partes.
[542] *Anexo I* del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.
[543] Extraído del *artículo 5* del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.
[544] El Anexo II del Protocolo enumera sin orden de prioridad sustancias, familias y grupos de sustancias o fuentes de contaminación, para los efectos del artículo V del presente Protocolo.
1. Los elementos siguientes y sus compuestos: Zinc, Selenio, Estaño, Vanadio, Cobre, Arsénico, Bario, Cobalto, Níquel, Antimonio, Berilio, Talio, Cromo, Molibdeno, Boro, Telurio, Plomo, Titanio, Uranio, Plata.

en general *menos nocivas o se convierten más fácilmente en inocuas* mediante procesos naturales y, por consiguiente, afectan en general a zonas costeras más limitadas.

Ahora, en cuanto a las medidas de sanción establecidas por el *Protocolo*, cada Alta Parte Contratante se obliga a velar por el cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo y a adoptar las *medidas a su alcance que estime pertinentes*, para prevenir y sancionar cualquier acto que viole estas disposiciones[545]. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente Protocolo, impedirá a las Altas Partes Contratantes adoptar, para su aplicación individual o entre dos o más de ellas, *medidas más estrictas*, en relación con la lucha contra la contaminación proveniente de fuentes terrestres[546].

10.2.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 1992 que aplica este Protocolo

Aplicación del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos lo encontramos en Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de junio de 1992, que acoge un recurso de protección amparando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, deducido por *buzos y pescadores* de Huasco y del Sindicato Independiente de Trabajadores del Mar de la misma localidad. El Tribunal de Alzada,

---

2. Compuestos biocidas y sus derivados que no figuren en el anexo I.
3. Compuestos orgánicos de silicio y sustancias que puedan dar origen a dichos compuestos en el medio marino, con exclusión de los que sean biológicamente inocuos o se transformen rápidamente en sustancias inocuas.
4. Petróleo crudo e hidrocarburos de cualquier origen.
5. Cianuros y fluoruros.
6. Detergentes y otras sustancias tensoactivas no biodegradables.
7. Compuestos inorgánicos del fósforo y fósforo elemental.
8. Microorganismos patógenos.
9. Descargas térmicas.
10. Sustancias que tengan efectos adversos en el sabor o en el olor de los productos destinados al consumo humano procedentes del medio acuático y compuestos que puedan dar origen a dichas sustancias en el medio marino.
11. Sustancias que directa o indirectamente ejerzan una influencia desfavorable en la concentración de oxígeno en el medio marino, especialmente aquellas que puedan provocar fenómenos de eutrofismo.
12. Compuestos ácidos o básicos cuya composición y cantidad puedan poner en peligro la calidad de las aguas del mar.
13. Sustancias que, aún sin tener carácter tóxico, puedan resultar nocivas para el medio marino u obstaculizar cualquier uso legítimo del mar como consecuencia de las cantidades vertidas.
El control y la rigurosa limitación de las descargas de las sustancias indicadas en éste anexo, deberán realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el *Anexo III*.

[545] Extraído del artículo 13 del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.

[546] Extraído del artículo 14 del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos.

como medida cautelar, ordena que dentro del plazo de un año contado desde la presente sentencia quede ejecutoriada, la recurrida Compañía Minera del Pacífico S.A, *se abstendrá de evacuar los relaves que produce su planta de pellets en el mar de Bahía Chapaco*. Se lee en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de junio de 1992 en su considerando cuadragésimo tercero que la acción contaminante que provoca la planta de pellets de la recurrida, resulta ilegal puesto que atenta, fundamentalmente contra -letra d)- el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos[547].

11.- Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfroterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación

11.1.- Aspectos generales y preámbulo

Posteriormente nuestro país suscribe el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*[548], en adelante *Convenio de Basilea*, adoptado en Basilea, Suiza, el 22 de marzo de 1989, Tratado que se *incorpora* a nuestro ordenamiento jurídico, *en octubre de 1992*.

[547] Se lee en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de 22 junio de 1992 Rol Nº 3455, redactada por el Ministro Presidente *Sr. Juan Pedro Shertzer Díaz*, en su considerando cuadragésimo tercero que: "que sin embargo, la acción contaminante que provoca la planta de pellets de la recurrida, resulta ilegal puesto que atenta, fundamentalmente, en contra de los siguientes cuerpos legales: d) por último se infringe también por la acción contaminante que provoca la recurrida, el *Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos*…,en donde, en su artículo III se establece bajo el epígrafe de obligaciones generales, que las partes contratantes se esforzarán por prevenir, reducir o controlar la contaminación del medio marino procedentes de fuentes terrestres, cuando produzcan o puedan producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marinas, incluso la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento. Agrega el considerando que "es interesante señalar que el *Convenio para la Protección del Medio ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste* entiende por contaminación del medio marino, la introducción por el hombre de sustancias o de energía en el medio marino cuando produzca o pueda producir efectos nocivos como daños a los recursos vivos y la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marinas, incluso la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento".

[548] El *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* fue promulgado por Decreto N° 685 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29/05/92, publicándose en el Diario Oficial el día 13 de octubre de 1992, y que en virtud de la facultad del Presidente de la República Sr. Patricio Aylwin Azocar conferida por las disposiciones constitucionales 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución Política de la República, dispone y manda que se cumpla y lleve a efecto como ley, el presente Tratado. El texto del convenio de Basilea se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani303.pdf

El *Convenio de Basilea* tiene por objeto regular los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, tratando de reducir al mínimo su generación, los peligros potenciales que representan tales movimientos transfronterizos, exigiendo eliminarlos, en la medida de sea compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, *en el Estado en que se hayan generado*. Por lo anterior, los Estados deciden velar por el cumplimiento de *estrictos controles* en cuanto a la generación, movimientos transfronterizos y eliminación de desechos peligrosos y otros desechos, con el objeto de evitar causar daños a la salud humana y al medio ambiente[549].

Creemos que los países subdesarrollados son los más afectados con éste tipo de movimientos, debido a que estos desechos son derivados a sus territorios la mayoría de las veces *en forma subrepticia*, para ser eliminados, enterrados o depositados al aire libre, verbigracia, en el desierto de Atacama o la Patagonia, pero como Estados en desarrollo, tienen una capacidad limitada para un manejo racional de ellos, principalmente por carecer de la tecnología adecuada, con el tiempo lo único que se genera son basurales altamente tóxicos, que atentan tanto a su medio ambiente, como a la salud y vida de sus habitantes, *condenando a los países en vías de desarrollo, al círculo de la pobreza y mezquindad de unos con otros*.

11.2.- Análisis normativo del Convenio de Basilea

El *Convenio de Basilea* comienza definiendo ciertos términos para efectos de aplicar éste convenio, términos como, manejo[550], movimiento transfronterizo[551],

[549] Extraído del Preámbulo del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.
[550] Artículo 2 del *Convenio de Basilea* entiende por *manejo*; la recolección, el transporte y la eliminación de los desechos peligrosos o de otros desechos, incluida la vigilancia de los lugares de eliminación.
[551] Por *movimiento transfronterizo* se entiende todo movimiento de desechos peligrosos o de otros desechos procedente de una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado a una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado, o a través de esta zona, o a una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado, o a través de esta zona, siempre que el movimiento afecte a dos Estados por lo menos. Artículo 2 del *Convenio de Basilea*.

eliminación[552], tráfico ilícito[553], zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado[554], entre otros. Por desechos entiende aquellas *sustancias u objetos* a cuya eliminación se procede, se propone proceder o se está obligado a proceder en virtud de lo dispuesto en la legislación nacional.

Éste Convenio, consagra una serie de obligaciones generales, como el deber que tienen las Partes de *informar a las demás* de su decisión de *prohibir la importación* de desechos peligrosos y otros desechos para su eliminación, o la obligación de *prohibir la exportación* de tales desechos a las Partes que han prohibido su importación, o bien exigiendo al Estado de importación su *consentimiento por escrito*, cuando no haya prohibido la importación de tales desechos. Se obligan a no exportar o importar éstos desechos, hacia o desde ningún Estado que no sea Parte y *prohibiendo a todas las personas sometidas a su jurisdicción nacional el transporte o la eliminación de tales desechos*, a menos que estén autorizadas o habilitadas para realizar ese tipo de operaciones. Además cada Parte tomará las medidas apropiadas para no permitir la exportación de tales desechos, *particularmente a países en desarrollo* que hayan prohibido en su legislación todas las importaciones, o si tienen razones para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional. Asimismo adoptarán las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar y hacer cumplir las disposiciones del presente Convenio.

---

[552] Por *eliminación* se entiende cualquiera de las operaciones especificadas en el Anexo IV del presente Convenio. Artículo *2 del Convenio de Basilea*.

[553] Artículo 2 del *Convenio de Basilea* entiende por *tráfico ilícito* cualquier movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos efectuado conforme a lo especificado en el artículo 9, es decir, todo movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos realizado, sin notificación *a todos* los Estados interesados o sin el consentimiento *de un* Estado interesado o con consentimiento obtenido mediante *falsificación, falsas declaraciones o fraude*, o de manera que *no corresponda* a los documentos en un aspecto esencial, o que *entrañe la eliminación deliberada* (por ejemplo, vertimiento) de los desechos peligrosos o de otros desechos en contravención de este Convenio y de los principios generales del derecho internacional. Además las Partes conforme al artículo 4 del Convenio de Basilea considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es *delictivo*.

[554] Artículo *2 del Convenio de Basilea la* entiende como toda zona terrestre, marítima o del espacio aéreo en que un Estado ejerce, conforme al derecho internacional, competencias administrativas y normativas en relación con la protección de la salud humana o del medio ambiente.

Es más, coherentes con el *objeto* del Tratado Antártico, las Partes *acuerdan no permitir la exportación de desechos peligrosos y otros desechos para su eliminación en la zona situada al sur de los 60º de latitud sur, sean o no esos desechos objeto de un movimiento transfronterizo*. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que una Parte imponga exigencias adicionales conformes a las disposiciones del presente Convenio, o bien afectará de manera alguna a la soberanía de los Estados sobre su mar territorial, ni a los derechos soberanos y la jurisdicción que poseen en sus zonas económicas exclusivas y plataformas continentales, ni al ejercicio, por parte de los buques y las aeronaves de todos los Estados, de los derechos y libertades de navegación previstos en el derecho internacional y reflejados en los instrumentos internacionales pertinentes.

Agregaremos, que éste Convenio consta de *6 Anexos* que complementan y desarrollan al Convenio de Basilea. Es así que éste Convenio regula en el *Anexo I las categorías de desechos que hay que controlar*[555], en el *Anexo II las categorías de desechos que requieren una consideración especial*[556], en el *Anexo III* una *lista de características peligrosas*[557], en el Anexo IV sobre las *operaciones de eliminación*[558], en el *Anexo V A*

[555]Entre ellos destacaremos sólo los siguientes desechos, aquellos que contengan cianuros, resultantes del tratamiento térmico y las operaciones de temple, sustancias y artículos de desecho que contengan, o estén contaminados por, bifenilos policlorados (PCB), terfenilos policlorados (PCT) o bifenilos polibromados (PBB), residuos resultantes de las operaciones de eliminación de desechos industriales. Desechos que tengan como constituyentes: arsénico, compuestos de arsénico, selenio, compuestos de selenio, cadmio, compuestos de cadmio, plomo, compuestos de plomo, entre otros de importancia.
Anexo I del Convenio de Basilea.

[556] Entre ellos el Convenio menciona aquellos desechos recogidos de los hogares y residuos resultantes de la incineración de desechos de los hogares. Anexo II del Convenio de Basilea.

[557] Sólo destacaremos algunas, como las *sustancias infecciosas*, entendiéndose por tales a las sustancias o desechos que contienen microorganismos viables o sus toxinas, agentes conocidos o supuestos de enfermedades en los animales o en el hombre.
Los corrosivos, es decir, aquellas sustancias o desechos que, por acción química, causan daños graves en los tejidos vivos que tocan, o que, en caso de fuga, pueden dañar gravemente, o hasta destruir, otras mercaderías o los medios de transporte; o pueden también provocar otros peligros.
Y aquellas sustancias que pueden, por algún medio, después de su eliminación, dar origen a otra sustancia, por ejemplo, un producto de lixiviación, que posee alguna de las características arriba expuestas. *Anexo III del Convenio de Basilea*.

[558] A. Operaciones que no pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa u otros usos. Ésta sección A abarca todas las operaciones de eliminación que se realizan en la práctica.
Depósito dentro o sobre la tierra (por ejemplo, rellenos, etc.), tratamiento de la tierra (por ejemplo, biodegradación de desperdicios líquidos o fangosos en suelos, etc.), inyección profunda (por ejemplo, inyección de desperdicios bombeables en pozos, domos de sal, fallas geológicas naturales, etc.), embalse superficial (por ejemplo, vertido de desperdicios líquidos o fangosos en pozos, estanques, lagunas, etc.), rellenos especialmente diseñados (por ejemplo, vertido en compartimientos estancos separados, recubiertos y aislados unos de otros y del ambiente, etc.), vertido en una extensión de agua, con excepción de mares y océanos, *vertido en mares y océanos, inclusive la inserción en el lecho marino,* tratamiento biológico no especificado en otra parte de este anexo que dé lugar a compuestos o mezclas finales que se eliminen mediante cualquiera de las operaciones indicadas en la sección A, tratamiento fisicoquímico no especificado en otra parte de este anexo que dé lugar a compuestos o mezclas finales que se

sobre *la información que hay que proporcionar con la notificación previa*, en el *Anexo V B* sobre *información que hay que proporcionar en el documento relativo al movimiento* y el *Anexo VI sobre arbitraje*.

Por último, en caso de controversia entre Partes, relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento del presente Convenio o de cualquiera de sus protocolos, se resolverán mediante negociación o por cualquier otro medio pacífico a elección de las Partes. Si la controversia subsiste, se someterá si las Partes así lo acuerdan, a la Corte Internacional de Justicia o a arbitraje en las condiciones establecidas en el anexo VI sobre arbitraje.

11.3.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza la aplicación de este Convenio

En relación con éste Convenio, diremos que se presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en 1994, solicitando el recurrente que se impugne la resolución N° 2246 de 25/07/94 del Servicio de Salud Metropolitano del Ambiente, en adelante *Sesma*, que prohíbe al recurrente ingresar al país 20.000 kilos de Selenio crudo. El recurrente exige, entre otros, el respeto de su derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, conforme lo dispone el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

Por su parte el recurrido, *Sesma*, se defiende argumentando que el *ingreso* del producto tóxico, es ilegal y arbitrario, ya que el Selenio crudo, es un desecho industrial

---

eliminen mediante cualquiera de las operaciones indicadas en la sección A (por ejemplo, evaporación, secado, calcinación, neutralización, precipitación, etc.), incineración en la tierra y en el mar, depósito permanente (por ejemplo, colocación de contenedores en una mina, etc.), combinación o mezcla con anterioridad a cualquiera de las operaciones indicadas en la sección A, reempaque con anterioridad a cualquiera de las operaciones indicadas en la sección A, almacenamiento previo a cualquiera de las operaciones indicadas en la sección A.
B. Operaciones que pueden conducir a la recuperación de recursos, el reciclado, la regeneración, la reutilización directa y otros usos. *Anexo IV del Convenio de Basilea*.

importado, afecto a las prohibiciones que establece el Convenio de Basilea sobre control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Convenio que es ley de república -nosotros agregaremos que en virtud de las facultad del Presidente de la República conferida por las normas constitucionales pertinentes, se ordena se cumpla y lleve a efecto como ley.

El Tribunal tuvo que determinar, es si el selenio crudo importado es materia prima o bien, si el producto es un residuo industrial tóxico peligroso, sujeto a las restricciones del *Convenio de Basilea*. Al respecto la Corte sostuvo en su *considerando octavo* que el objetivo de éste convenio *no consiste en prohibir* el tráfico y movimientos transfronterizos *sino que regular el tráfico y transporte* de ellos[559].

Agrega que el referido Convenio, *no contiene normas prohibitivas ni imperativas* que se impongan a los Estados, pues se trata de principios, definiciones y normas de dirección para que cada país adopte medidas en cuanto al transporte de un Estado a otro y en cuanto al procedimiento a seguir. En consecuencia el Convenio de Basilea *no otorga atribuciones a la autoridad administrativa* para tomar medidas que limiten o prohíban una actividad determinada.

En el *noveno considerando* expresa que *no resulta comprensible* que deba ser precisamente el recurrente *quién deba acreditar* que la materia prima que importa, cumpla con las disposiciones del referido Convenio.

---

[559] Acerca del objeto del tratado se ha sostenido que el fin del Convenio no es facilitar el movimiento de los desechos a través de las fronteras, sino que se controle con cuidado el tráfico autorizado. Es más, éste convenio no es un fin, sino un paso para enfrentar una grave preocupación mundial, cuya solución a largo plazo es producir menos residuos peligrosos. *Revista Estudios 1991 de las Sociedad Chilena de Derecho Internacional*, pág. 62.
Al respecto se lee en pág. 102, en "*memoria de prueba sobre Derecho Internacional Ambiental"*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, *Loreto Arrepol Villanueva* (1997), que el descubrimiento de las dimensiones ocultas de éste tráfico de desechos peligrosos produjo inicialmente una profunda reacción de inquietud y de condena; pero pronto hizo patente que la exportación e importación de desechos presentaba también una dimensión económica y comercial que era necesario considerar. Por la complejidad del tema se ha llegado a la conclusión de que la solución de los problemas planteados no podría consistir en una prohibición indiscriminada de los movimientos transfronterizos de desechos, sino en una regulación de éste tráfico peligroso que intentará al menos su control, y en la medida de lo posible, su disminución.

Agrega que debió haber sido el Servicio recurrido, quién debió probar que el recurrente había violado sus normas y la manera cómo el hecho ocurrió, *lo que demuestra que no está acreditado* que se haya infringido el *Convenio de Basilea*.

Es más, señala que no altera esta conclusión lo informado por el director del *Sesma*, en orden a que si no le fuera aplicable la *Convención de Basilea* al producto en discusión, es de todos modos *inconcusa su autoridad* para entrabar su comercialización, de acuerdo a las disposiciones sanitarias señaladas.

En el *considerando duodécimo* destaca que en lo concreto *no existe norma legal ni reglamentaria que faculte al Servicio recurrido para negar la internación de una partida de Selenio* aún cuando contenga algún nivel de toxicidad. Finalmente se lee en el *considerando décimo sexto*, que se ha vulnerado la garantía constitucional 19 N° 21 y que de los antecedentes acompañados se desprende en forma irredargüible que el Selenio crudo importado, es una materia prima de uso industrial en la fabricación de diversos productos, que es igualmente de producción nacional y que, además, su importación fue autorizada a la recurrente y otros importadores.

Además no se observa *disposición legal o sanitaria* que prohíba su internación, y reafirma que no se trata de un desecho industrial, minero o de otro tipo, que pueda ser calificado como desecho peligroso, *toda vez que no reúne las características de tal*, razones que permiten concluir que la Resolución que motiva el recurso es arbitraria y lesiona seriamente la garantía constitucional mencionada, por lo cual el recurso debe ser acogido por éste capítulo, y se ordena al funcionario recurrido autorizar en forma definitiva, la internación y comercialización de la partida de 20.000 kilos de Selenio[560].

[560] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 22 de noviembre de 1994, caratulada Corporación Minera y Química Corquim S.A. con Director del Servicio de Salud Metropolitano del Ambiente. *Aplicación del Convenio de Basilea sobre el control*

11.4.- Comentario a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1994 que rechaza la aplicación de este Convenio

11.4.1.- Interpretación amplia del termino control

A propósito de lo considerado y resuelto en ésta sentencia por la Corte de Apelaciones de Santiago, expresamos que el objeto del *Convenio de Basilea* es precisamente *un control* del movimiento transfronterizo de tales desechos, pero *no* cualquier tipo de control, sino más bien se trata de un control *estricto*, como se expresa claramente en el Preámbulo del Convenio, es decir, conforme al Diccionario de la Lengua Española, estricto significa, *estrecho, ajustado enteramente a la necesidad o la ley y que no admite interpretación*.

Ahora si entendemos por control estricto *una observancia al pie de la letra de la legislación* pertinente sobre la materia, tendremos que analizar primero que todo, si se cumplen con las propias exigencias del mismo *Convenio de Basilea*, ya que al encontrase incorporado a nuestro ordenamiento jurídico *es norma aplicable*.

Es así entonces, que éste Tratado exige conforme al *Anexo I sobre categorías de desechos que hay que controlar*, los desechos que tengan como constituyentes -Y25 Selenio- *compuestos de selenio*.

---

de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile vol. 23 N° 2 y 3, Tomo II septiembre-diciembre (1996), pág. 619-623. Este artículo, en la página 619 al pie, destaca que ésta sentencia fue publicada en Revista Estudios 1995 de la Sociedad chilena de Derecho Internacional, pp. 201 y siguientes.

11.4.2.- Alcance del Convenio de Basilea

Además en su artículo 1° que establece el alcance del Convenio, dispone expresamente, que serán *desechos peligrosos* a los efectos del presente Convenio, *los siguientes desechos que sean objeto de movimientos transfronterizos*; letra a) los desechos que *pertenezcan a cualquiera de las categorías enumeradas en el Anexo I*, a menos que no tengan ninguna de las características descritas en el *Anexo III*, que en lo relativo al Selenio, calza perfectamente con las características peligrosas como, tóxicos agudos[561] o sustancias tóxicas(con efectos retardados o crónicos)[562] o bien ecotóxicos[563].

El Tribunal de Alzada hace hincapié, en la circunstancia que para el caso de autos, según el Tribunal, nada tiene que ver con la discusión, *que el Selenio sea o no tóxico*, puesto que no fue invocada por la resolución N° 2246 que se impugna.

11.4.3.- Alusión a la doctrina denominada protección de oficio

A lo que podemos decir que *eso no es relevante*, porque en ese caso, *el juez no se encuentra atado de manos*, y ante una evidente falta a las normas ambientales que atenta incluso contra la vida de los trabajadores que manejan el Selenio crudo acopiado al aire libre y en un recinto sin resolución sanitaria del Servicio recurrido, como consta en el acta de visita inspectiva respectiva, que funda la resolución N° 2246, entre otros antecedentes agregados por la recurrida[564], *el juez tiene el deber constitucional* que impone el artículo 5 inciso 2°, esto es, de respetar y promover los derechos humanos, y agregamos que es un deber, tanto porque es un mandato constitucional a todos los

[561] *Tóxicos* (venenos) *agudos*; sustancias o desechos que pueden causar la muerte o lesiones graves daños a la salud humana, si se ingieren o inhalan o entran en contacto con la piel. *Anexo III del Convenio de Basilea*.
[562] *Sustancias tóxicas* (con efectos retardados o crónicos); sustancias o desechos que, de ser aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel, puedan entrañar efectos retardados o crónicos, incluso la carcinogenia. *Anexo III del Convenio de Basilea*.
[563] *Ecotóxicos*; sustancias o desechos que, si se liberan, tienen o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente, debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos. *Anexo III del Convenio de Basilea*.
[564] *Aplicación del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile vol. 23 N° 2 y 3, Tomo II septiembre-diciembre (1996), pág. 621.

órganos del Estado incluido el poder judicial y por ende los jueces que pertenecen a él; cuanto porque, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, *es un derecho esencial*, que también limita el ejercicio de la soberanía.

Basada en ésta disposición constitucional, que ha dado origen a la doctrina que podría denominarse *protección de oficio*[565], la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia redactada por el Ministro Sr. *Mario Verdugo Marinkovic*, luego de declarar, no ha lugar el recurso de protección deducido por el recurrente basado en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, por falta de ilegalidad y arbitrariedad en la conducta de la autoridad recurrida, *concede una protección de oficio*, al ordenar al alcalde recurrido que adoptara ciertas providencias, destinadas a evitar que volviera a producirse el problema de evacuación de aguas servidas en *villa somela*, hecho que había motivado la interposición del recurso[566].

La Corte, además considera, que no existe ninguna norma legal o reglamentaria que faculte al Servicio a negar la internación de Selenio, *aún cuando contenga algún nivel de toxicidad*. Sin embargo, creemos que ese razonamiento es *errado y no se ajusta a derecho*, porque la misma Convención en su Preámbulo, establece expresamente que, los Estados tienen *el derecho soberano de prohibir la entrada* o eliminación de tales desechos en su territorio y serán responsables de los daños de conformidad con el derecho internacional se produzcan ante una violación grave de las disposiciones del presente convenio o de cualquiera de sus protocolos.

Y éste derecho soberano, que conforme a nuestra Constitución, reside esencialmente en la Nación, ha potestado al Estado y a todos sus órganos, y en particular al *Sesma*, a proteger el medio ambiente, facultándose en consecuencia a éste Servicio, a adoptar

[565] Raúl Bertelsen Repetto, Ob.Cit. en nota 471; página 165.
[566] Ibidem.

Resoluciones, para velar porque éste derecho no sea conculcado, dictando entonces resoluciones como la recurrida en autos.

Y ello es posible, como legal y constitucional, porque es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Y es del caso recordar que el *Convenio de Basilea*, a la época del conflicto, ya era norma vigente y aplicable en nuestro ordenamiento jurídico y en cuanto a su jerarquía, era considerado al menos de rango legal, pues para algunos existía equivalencia entre ley y tratado, lo que hoy está superado como destacaremos más abajo.

11.4.4.- *El escudo de los esenciales*

Ahora, teniendo en cuenta la limitación al ejercicio de la soberanía consagrado en el artículo 5° inciso segundo, debemos agregar, que conforme al principio fuerza normativa de la Constitución o fuerza vinculante o de aplicación directa, la Carta Fundamental obliga por sí misma y los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos[567].

La idea de la Constitución como norma suprema, implica valorarla como norma fundamental y que es superior a las otras normas[568]. *La ley suprema no sólo obliga al legislador sino que igualmente*, agregamos verbigracia, al Presidente de la República y

[567] Luz Bulnes Aldunate, *la fuerza normativa de la Constitución*. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Número Especial (1998), pág. 137.
[568] Ibidem.

a los jueces. Todos los órganos del Estado, las personas y los grupos quedan vinculados directamente a la ley Fundamental[569].

Por tanto entre las consecuencias que se desprenden de éste principio, es precisamente que la Constitución no se hace operante a través de la ley y si la norma fundamental se remite a ella, esto no implica que el precepto constitucional no sea obligatorio[570].

El Tribunal en sentencia Rol N° 19 de 27 de octubre de 1983[571], en su considerando 10° expresó "Que, por su parte, el artículo 6° de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales. En sus incisos 1° y 2° consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la *supremacía constitucional* sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la *vinculación directa* de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Y, acto seguido, se agregue que los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo[572].

Así entonces, teniendo en cuenta el artículo 5° inciso segundo y el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental, recordaremos también, que en las *Bases de la Institucionalidad*, se consagra en su artículo primero inciso 4°, la servicialidad del Estado y su fin, *el bien común*. Es importante entender que el Estado está al servicio de

[569] Idem.; página 138.
[570] Idem.; página 139.
[571] Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 19 de 27 de octubre de 1983, pronunciada a propósito del requerimiento en contra del Ministro del Interior Sr. Sergio Onofre Jarpa Reyes formulado por doña Fabiola Letelier del Solar y otros, citada por Luz Bulnes Aldunate, *la fuerza normativa de la Constitución*. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Número Especial (1998), página 138 y 139.
[572] Considerando 10° de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 19 de 27/10/83, Sentencia disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/site/roles/rol_n19.html

la persona humana, pues creemos que no se concibe la persona al servicio del Estado, o como un instrumento para las finalidades del Estado, *sino que el Estado se inclina ante la persona humana, para servirla*.

El Estado existe por y para el cumplimiento del fin temporal[573], consistente en la creación de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, *con pleno respeto a los derechos y garantías que ésta Constitución establece*. Si se quiere establecer una relación sana entre Estado y persona, es necesario fundar adecuadamente el concepto de ésta y de su dignidad, *vértice de toda concepción jurídico-política prudente*, pues parece ampliamente admitido, y fuera de toda útil discusión, que la persona humana en el mundo del derecho, *es sujeto, fundamento y fin de todo el sistema jurídico*[574].

Con la afirmación de que el Estado está al servicio de la persona humana, la Constitución de 1980 descarta, a juicio del autor y el nuestro también, las doctrinas y concepciones políticas nazistas, fascistas, soviéticas -*agregamos de cualquier dictadura o régimen totalitario, de la ideología que sea*- ya que colocan a la persona humana al servicio del Estado, la raza, el partido, la clase etc., en suma, de seres transpersonales, extrahumanos[575]. Para la doctrina acogida por la Constitución Chilena vigente, el fin y fundamento del Estado es el servicio de la persona humana, considerada individual o colectivamente, que como tal tiene derechos originarios, anteriores y superiores al Estado y que éste debe reconocer, tutelar, promover,

[573] Eugenio Evans Espiñeira, *el bien común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales*. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 28 N° 2 (2001); página 227.
[574] Mario Cerda Medina, *el estado al servicio de la persona humana*. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Chile, Año LXIV N° 199, enero-junio (1996); página 52.
[575] Idem.; página 53.

fomentar, estimular, más nunca, desconocer, menoscabar, reducir, aniquilar[576]. Ahora la finalidad del Estado *es promover el bien común*, vale decir, es tarea del Estado llevar adelante ese valor o promover ese valor en toda la extensión y profundidad de la sociedad. Esta tarea, no es estática o inerte, sino esencialmente dinámica, modificable y perfectible, como lo es la misma persona humana[577]. La obligación contenida en el inciso 4°, si bien está destinado en primer término al Estado y a sus órganos (legisladores, administradores, jueces, controladores, etc.) no exonera a ninguna de las personas, instituciones o grupos de la tarea de concurrir a la promoción del bien común, a virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Fundamental[578]. Es más, las disposiciones contenidas en el Capítulo I *Bases de la Institucionalidad*, y particularmente los incisos cuarto y quinto del artículo 1°, obligan a los respectivos órganos del Estado según lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo, pues dicen relación con los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución. Sin que quepa olvidarse que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares de los órganos estatales cuanto a toda persona, institución o grupo, conforme al artículo 6° inciso segundo[579]. Ahora bien, establecido por la misma ley Fundamental, que el Estado tiene un objetivo claramente definido y limitado en su logro, por los derechos y garantías constitucionales, es importante además señalar que para las personas ese mismo fin, el bien común, *supone a la vez una suerte de restricción para el ejercicio de sus derechos en el plano individual*. En efecto, el bien común señala un orden de conductas que impide la realización de actos individuales no contestes con la realización de los fines de los demás integrantes del cuerpo social, es decir, supone una cierta organización adecuada y apta para que cada uno alcance su fin,

[576] Ibidem.
[577] Ibidem.
[578] Ibidem.
[579] Idem.; página 57.

pero para alcanzarlo, es necesario contribuir a que los demás miembros del cuerpo social lo alcancen a su vez[580].

La Constitución política es un ordenamiento institucional cuyos preceptos *no pueden ser interpretados en forma aislada sino de un modo sistemático*, por cuanto forman un conjunto orgánico y coherente debiendo existir la debida correspondencia y armonía entre las distintas normas constitucionales. Los derechos fundamentales llevan implícitos el deber de usarlos su titular para su propio desarrollo personal y para el progreso social, *pero en caso alguno para atropellar los derechos y libertades de otras personas, lo que importa que deben ser ejercidos de manera legítima*[581].

En la historia fidedigna del derecho vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en la sesión N° 186, el *Sr. Enrique Evans* propuso un texto que tuvo como antecedente el informe de la Comisión Nacional Científica y Tecnológica, *ideas básicas sobre protección constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales*. Se destacan como fundamento del texto Constitucional y de la legislación, los siguientes conceptos básicos, esto es, que la *soberanía nacional no sólo se ejerce* cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico, *sino también al proteger el medio ambiente y los recursos naturales*. Que *el Estado aparece como la única organización revestida de autoridad y poder suficientes* para cautelar la preservación y enriquecimiento de ese patrimonio. De aquí que deba asumir como función propia la protección del medio ambiente y los recursos naturales, lo cual debe alcanzarse mediante la consagración de dicha función en su Carta Fundamental y mediante la dictación de normas jurídicas que den origen a mecanismos de preservación y a la educación ciudadana. Que el hecho que el medio ambiente y los recursos naturales

[580] Eugenio Evans Espiñeira, Ob.Cit. en nota 573; página 227.
[581] Idem.; página 228. El autor cita lo expuesto a propósito del derecho a la privacidad, extraída la cita, de la Revista Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC, N° 2, (1993), sección quinta, página 164 y 174.

constituyan un patrimonio común, de cual reportan beneficios todas las personas naturales o jurídicas, *es el fundamento de las obligaciones correlativas*. Estas obligaciones involucran colaborar con el Estado en la conservación del patrimonio común, soportar cargas tales como ciertas restricciones a las garantías individuales y responder por los daños que se causen, restableciendo las cosas a su estado anterior e indemnizando a la comunidad el valor del perjuicio social que se ocasione por el uso, agotamiento o deterioro. Que el Estado, por su parte, debe prevenir la ocurrencia de actos que menoscaben el medio ambiente y los recursos naturales, entre otros postulados.

De la historia fidedigna del precepto queda en claro que el constituyente estableció como primera y principal norma del nuevo derecho ambiental, el derecho del hombre a desenvolver y desarrollar su existencia en un medio coherente con las funciones vitales, es decir, en respaldo del derecho a la vida, previamente asegurado, la Carta Fundamental asegura e impone al Estado cautelar el entorno *por y para el hombre*[582].

Por tanto, creemos que, si la Carta Fundamental en el artículo 19 N° 8 asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, entonces diremos que éste derecho al medio ambiente como derecho esencial que es, anterior, superior y reconocido por un Estado que ésta al servicio de la persona humana, que debe necesariamente promoverlo, tutelarlo pero no conculcarlo o menoscabarlo, porque el Estado para el logro de su finalidad, el bien común, se encuentra limitado por los derechos esenciales que emanan precisamente de la naturaleza humana, esenciales verbigracia, como la vida, libertad de expresión y

[582] Idem.; página 231 y 232.

pensamiento, como la salud y la igualdad, esenciales como un entorno sano y limpio, tan esenciales que son capaces de limitar el poder más absoluto, la soberanía de un Estado, y lo limita en su ejercicio, para que no quepa duda que el Estado se subordina a los derechos esenciales que ésta Carta consagra, que se inclina como servidor que es, ante los valores más básicos y preciados de la condición humana, libertad, igualdad y la dignidad.

Si los derechos esenciales someten al Estado porque la Constitución lo ordena, como norma suprema del ordenamiento jurídico emanada de una manifestación del ejercicio libre de la soberanía, todos y cada uno de los órganos del Estado y no sólo estos, sino también las personas, es decir, gobernantes y gobernados se encuentran obligados por los preceptos de ésta ley Fundamental. Entonces podemos concluir, que un juez de la República, como órgano del Estado que es, al resolver un caso aplicando la legislación vigente, no sólo debe considerar los argumentos de hecho y derecho presentados por las partes en controversia, sino también debe tener en consideración los derechos esenciales que lo están limitando al sentenciar, y en el evento de producirse una pugna entre ellos como en el caso de autos, se debe preferir en la colusión, a aquellos derechos que permiten la subsistencia humana, vida, salud y medio ambiente, en realidad se debe aplicar el principio *pro homine.* Sabemos que no existe una jerarquía entre los derechos consagrados o al menos el constituyente no lo concibió de ésta manera, pero si humanizamos el derecho, por si sólo emergerán algunos derechos que sin los cuales los demás no podrán ser ejercidos o bien se limitarán en su ejercicio. Pues, sin medio ambiente sano, *se merma la salud o peligra la vida,* sin salud *peligra la vida* y sin vida ya no se puede ejercer ningún otro derecho esencial, porque faltará lo más básico de todo, *una persona humana*.

En el caso de autos, la Corte de Alzada, pudo lograr una solución jurídica más armónica con nuestra Carta Fundamental. Si el interprete cree que no es aplicable una norma jurídica, porque a su juicio no se cumplen los requisitos para que sea procedente y formar su convicción, debe tener presente y no debe olvidar, que en ese proceso hermenéutico, siempre nuestra Carta Fundamental va a requerir de una *interpretación sistemática y finalista*, por tanto si de los antecedentes aportados en una causa, es evidente que se atenta contra otro derecho Fundamental, será su deber protegerlo y respetarlo.

Así entonces, si el juez estimó que no era aplicable el *Convenio de Basilea*, lo que creemos es bastante discutible por todo lo antes expresado, pero constató que la empresa operaba sin Resolución sanitaria y que el selenio se encontraba al aire libre y los trabajadores no contaban con la debida protección para manipularlos, atentando este hecho contra su salud o su vida, esto no es obstáculo para que el juez no ampare esos derechos, ni aún si se argumentara que no han sido parte de la naturaleza del asunto controvertido, pues en el caso de autos, se debió haber tomado todas las medidas necesarias para proteger la vida o la salud de aquellas personas, porque son derechos esenciales que deben ser velados por el Estado y todos sus órganos, porque el amparo y protección de derechos fundamentales no es un favor a la persona, sino un deber del Estado, incluso sus órganos, de proteger y respetar lo esencial que emana de todo ser humano, así está escrito en nuestra ley suprema, así lo exige la nación como límite en el ejercicio de la soberanía.

Es así que concordamos con la *notable doctrina* que permite la *procedencia de la protección de oficio –acotamos en la que subyace el principio iura novit curia-*, pues es coherente con todo lo que hemos expresado, y visualiza la idea de Estado que plasma

nuestra Carta Fundamental, limitado por derechos esenciales y al servicio de la persona humana.

Estas tres normas destacadas, artículo 5° inciso segundo, 6° incisos 1 y 2 y del artículo 1° de la Carta Fundamental, son preceptos a su vez consagran los principios constitucionales como la soberanía nacional limitada, supremacía constitucional y fuerza normativa de la Carta Fundamental y el bien común, principios constitucionales que a su vez no son más que manifestaciones más precisas de los valores positivados en la Carta en el artículo 1º como libertad, igualdad y básicamente la dignidad. Esta relación de artículos forma un sistema de protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que denominaremos "*el escudo de los esenciales*".

12.- Tratado Internacional entre las Repúblicas de Chile y Argentina sobre el Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos

Nuestro país, el día 2 de agosto de 1991, suscribe en Buenos Aires, un Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre Protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos[583], Tratado que se *incorpora* a nuestro ordenamiento interno, *en abril de 1993*. Al respecto podemos señalar que ambos países, ante el severo y persistente deterioro del medio ambiente en el mundo, acuerdan *armonizar la utilización de los recursos naturales que*

[583] El *Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre Protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos*, fue promulgado por Decreto N° 67 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 16/01/92, publicándose en el Diario Oficial el día 14 de abril de 1993, y que en virtud de la facultad del Presidente de la República *Sr. Patricio Aylwin Azocar* conferidas por las disposiciones constitucionales 32 N° 17 y 50 N° 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República y el Decreto con Fuerza de Ley N° 161, de 1978, Estatuto Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, se ordena se cumpla y lleve a efecto como ley de la República, el presente Tratado. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani347.pdf

comparten con la protección del medio ambiente, como una tarea insoslayable para contribuir al desarrollo sustentable y bienestar de sus pueblos. Así entonces, entendiendo las Partes que las *políticas ambientales* deben estar al servicio del hombre, emprenderán acciones coordinadas o conjuntas en materia de protección, preservación, conservación y saneamiento del medio ambiente, prestando particular atención a las *poblaciones autóctonas*. Además, se comprometen *a no realizar acciones unilaterales* que pudieren *causar perjuicio al medio ambiente de la otra*.

En cuanto al ámbito de aplicación del Tratado, acuerdan llevarlo a cabo en diversos sectores de importancia ambiental, entre los cuales destacaremos, en particular, los recursos hídricos compartidos[584], ya que se aboga tanto por una protección y aprovechamiento *racional del recurso agua* y de sus recursos vivos, como por una prevención, defensa y saneamiento de su contaminación. En lo que respecta al *medio ambiente marino,* también se busca un aprovechamiento ambientalmente racional de sus recursos hidrobiológicos y preservación de su diversidad genética, junto a un sistema de prevención y saneamiento de la contaminación proveniente de fuentes terrestres, de siniestros marítimos y de la explotación de los recursos del lecho y subsuelo marinos. Y en lo que dice relación con el *tratamiento de desechos y productos nocivos*, se establece una gestión y administración ecológicamente racional de los productos químicos tóxicos, otros productos nocivos y desechos peligrosos, y además la adopción de medidas preventivas ante el tráfico internacional ilícito de los mismos[585].

Las Partes insertan en el Tratado sobre Medio Ambiente, dos Protocolos Específicos Adicionales, uno sobre *Recursos Hídricos Compartidos* entre la República de Chile y la Republica Argentina y el otro sobre *Protección del Medio Ambiente Antártico.*

[584] El artículo 4 del Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos entre la República de Chile y la República Argentina, dispone que las partes entienden por entienden como *recurso hídrico compartido*, el agua que escurriendo en forma natural cruza o coincide total o parcialmente con el límite internacional terrestre argentino-chileno.

[585] Extraído del artículo 2 del *Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre Protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos.*

El primero de ellos, se acuerda con el objeto de *establecer reglas* sobre el aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos calificados como prioritarios por ambas Partes. Disponen que es necesario, que exista un manejo integral de las cuencas hidrográficas comunes, de manera que el aprovechamiento de los recursos hídricos en el territorio de una de las Partes, pertenecientes a una cuenca común, *no cause perjuicios a los recursos hídricos compartidos, a la cuenca común o al medio ambiente*.

Es más, se obligan a realizar *estudios de impacto ambiental* si alguna de las Partes pretende introducir *especies hidrobiológicas* a los recursos hídricos compartidos[586].

El segundo tiene por objeto reafirmar la importancia y necesidad de proteger y preservar la Antártica para las *futuras generaciones*. Es así, que para alcanzar éste fin, se obligan a promover la *conservación de los valores naturales y culturales antárticos*, que se reflejan, verbigracia, en las acciones destinadas a la protección de las áreas designadas y la *difusión de los valores intrínsecos de la Antártica*, esto es, una *reserva natural dedicada a la paz y la ciencia y que pertenece tanto a la humanidad presente y futura, como a todos los seres vivos del planeta*.

Además establecen *programas de vigilancia ambiental*, que buscan detectar los posibles efectos de las actividades realizadas en el *área* del Tratado Antártico, no previstos en el medio ambiente y en los recursos vivos antárticos, incluyendo, *la eliminación de desechos y la contaminación por hidrocarburos u otras substancias peligrosas y tóxicas*. También acuerdan implementar programas de cooperación científica, para la protección y preservación del medio ambiente antártico y de los

[586] Extraído del artículo 1 y 7 del Protocolo Específico Adicional, sobre Recursos Hídricos Compartidos, al Tratado sobre Medio Ambiente entre la República de Chile y la República Argentina.
Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre Protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos

ecosistemas dependientes y asociados, con especial énfasis, en los tipos de contaminantes que se encuentren en el área del Tratado Antártico.

Las Partes se coordinarán para implementar procedimientos aplicables *a desastres naturales y accidentes*, examinando para tal fin, de manera constante, la *eficacia* de las medidas destinadas a *prevenir o reducir la contaminación ambiental*. Es más, se coordinarán para el *control* de *movimientos de desechos radioactivos tóxicos y peligrosos provenientes de fuera del área del Tratado Antártico*, velando por que no se introduzcan desechos ni se realicen vertimientos en dicha área.

Finalmente destacaremos que las Partes se obligan a promover una *armonización legislativa*, en aspectos como *responsabilidad*, *solución de controversias* y demás medidas destinadas a *asegurar la plena aplicación de los acuerdos* de protección del medio ambiente antártico y de sus ecosistemas dependientes y asociados[587].

13.- Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva

13.1.- Aspectos generales

El Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva[588], en adelante *Protocolo sobre contaminación radiactiva*, fue suscrito el 21 de septiembre de 1989, en la ciudad de Paipa, Colombia, incorporándose a nuestro ordenamiento jurídico interno *en agosto de 1995*.

Este instrumento internacional pasa a formar parte de la esfera jurídica de protección del Pacífico Sudeste, que desde 1981 viene implementándose a nivel regional, primero

[587] Extraído de los artículos 1, 3, 4, 7, 8 y 9 del Protocolo Específico Adicional, sobre Protección del Medio Ambiente Antártico, al Tratado sobre Medio Ambiente entre la República de Chile y la República Argentina.

[588] El Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva fue promulgado por Decreto Nº 720 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 07/06/95, publicado en el Diario Oficial el día 17 de Agosto de 1995; y que en virtud de las facultades de las normas constitucionales 32 N° 17 y 50 N° 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República, y el *Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste de 1981*, el Presidente de la República *Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, ordena que se cumpla y se lleve a efecto como Ley, el presente Protocolo.
Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp321.pdf

estableciendo las bases generales de protección a través de la Convención para la Protección del Medio Marítimo y la Zona Costera, luego acordando en 1983 el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos, y posteriormente suscribiendo dos Protocolos más el 21 de septiembre de 1989 en Paipa, Colombia, el Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras Protegidas del Pacífico Sudeste y el Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.

Estas Convenciones Internacionales destacadas supra, surgen como resultado de una fructífera cooperación regional liderado por la Comisión Permanente del Pacífico Sur, en adelante CPPS, concebido como un Organismo Regional Marítimo Apropiado[589]*, de carácter internacional e intergubernamental*- agregamos, creada con el objeto de realizar los fines perseguidos en Declaración de Santiago sobre Zona Marítima de 18 de agosto de 1952**-,** *uno de cuyos objetivos es precisamente velar por la protección y conservación del medio ambiente marino. Así entonces, en 1981 la CPPS* –que se encuentra integrada por Chile, Colombia, Ecuador y Perú- *más Panamá, crearon con el apoyo técnico y financiero del Programa de la Naciones Unidas del Medio Ambiente,*- en adelante *PNUMA*-, *un Plan de Acción Regional para la protección del medio marino y áreas costeras del Pacífico Sudeste, que dio fruto a un sistema técnico legal que vela por la protección y conservación del medio ambiente marino*[590].

[589] Declaración Ministerial de Viña del Mar de 10 de febrero de 1984, punto VII, en donde se *reafirma* la calidad de la CPPS de Organismo Regional Marítimo Apropiado. Declaración disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cpps-int.org/spanish/tratadosyconvenios/declaracionesministeriales/DECLARACION%20DE%20VINA%20DEL%20MAR%2010%20FEBRERO%201984.pdf

[590] Las palabras destacadas han sido extraídas de la Revista Estudios 1991, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago, Chile; página 71 y 72.

13.2.- Análisis de sus normas y en especial de aquellas que establecen el ámbito de aplicación

Conforme a lo expuesto, se acuerda este Protocolo con la finalidad de proteger y preservar el área marítima del Pacífico Sudeste *contra la contaminación radiactiva*. Para el logro de este objetivo las partes se obligan internacionalmente a prohibir *todo vertimiento y/o enterramiento de desechos radiactivos u otras sustancias radiactivas* en el Mar y/o en su Lecho y en su Subsuelo[591]. Como el *Protocolo sobre contaminación radiactiva* no define *expresamente* lo que debe entenderse por *Mar, Lecho Marino y Subsuelo*, ni tampoco nada se contempla en los demás Convenios Internacionales que protegen el medio marino y la zona costera del Pacífico Sudeste –ya mencionados supra- a nivel regional, inferiremos el sentido y alcance de éstos terminos a partir del mismo Protocolo *sobre contaminación radiactiva y de las* Convenciones Internacionales incorporadas por nuestro país, como también de la legislación nacional pertinente, con el objeto de proporcionar una base a la que pueda recurrir el sentenciador, para construir estos conceptos y resolver una eventual controversia jurídica ambiental que le corresponda conocer, juzgar y eventualmente hacer ejecutar lo juzgado.

Así entonces para efectos de éste Protocolo deduciremos el significado del término *Mar* a partir del *ámbito de aplicación* del presente Protocolo, teniendo presente lo que entiende por Mar[592] el Convenio de Londres de 1972, en su artículo III punto 3 - *todas*

[591] Texto que ha sido redactado en base a lo que dispone el Preámbulo y el artículo II Obligaciones Generales del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.

[592] El Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972, *que cabe recordar aun no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico nacional*, entiende por Mar en su artículo I punto 7; "todas las aguas marinas, que no sean las aguas interiores de los Estados, así como el lecho del mar y el subsuelo de éste. *Este término no incluye los depósitos en el subsuelo del mar a los que sólo se tiene acceso desde tierra*". En el evento que se llegase a incorporar este Protocolo a nuestro ordenamiento jurídico nacional, podría entrar en colisión con el Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva, ya que este último prohíbe en su artículo 2º *todo enterramiento de desechos radiactivos u otras sustancias en el subsuelo del mar dentro del ámbito de aplicación del presente Convenio* y por su parte el Protocolo de 1996 al Convenio de Londres excluye del termino mar y por tanto de la aplicación del Protocolo de 1996, *los depósitos en el subsuelo del mar a los que sólo se tiene acceso desde tierra*. Por tanto estimamos necesario que nuestro Congreso *en el evento que apruebe* el Protocolo de 1996 al Convenio de Londres, *sugiera* en conformidad con una de sus atribuciones exclusivas establecidas por el artículo 54 Nº 1, en especial aquella dispuesta en su párrafo 3ª, la correspondiente *declaración interpretativa*, en un sentido como el que se destaca a continuación: "nada de lo dispuesto en el presente protocolo

las aguas marinas que no sean las aguas interiores de los Estados- entendiéndolo como aquella masa de agua salada[593]que cubre la zona[594] marítima que se extiende desde la línea[595] de bajamar de la costa del territorio continental e insular[596] de un Estado Parte hasta las 200 millas de las Altas Partes Contratantes, inclusa a toda la Plataforma Continental, cuando ésta sea extendida por las Altas Partes más allá de sus 200 millas[597].

En cuanto al término *Lecho*[598] *Marino* y para efecto de éste Protocolo podemos expresar que es aquella superficie[599]o extensión del suelo cubierta por agua de mar que se extiende desde la línea de bajamar[600] de la costa del territorio continental e insular de un Estado Parte hasta las 200 millas de las Altas Partes Contratantes, inclusa a toda la Plataforma Continental, cuando ésta sea extendida por las Altas Partes más allá de sus 200 millas.

---

afectará aquellas *obligaciones más exigentes asumidas por la República de Chile* en virtud de Convenciones y Acuerdos especiales concertados o que concertaren sobre la protección del medio marino".

[593] Mar: masa de agua salada que cubre parte de la superficie del planeta Tierra (aproximadamente 71%). Extraído del glosario de terminos disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/diccionarioEcologico/diccionarioEcologico.php3?letra=M&numero=01&rango=MAB_--MARRA

[594] Zona: espacio comprendido entre límites. No esta tomado en el sentido que lo entiende la Convención del Mar y otras Convenciones. Extraído del glosario de terminos disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/diccionarioEcologico/diccionarioEcologico.php3?letra=Z&numero=01&rango=ZANCO_-_ZUNCHO

[595] El artículo 5 de la Convención del Mar de 1982 dispone que, salvo disposición en contrario de esta Convención, la línea de base normal para medir la anchura del mar territorial *es la línea de bajamar a lo largo de la costa.*

[596] El artículo 2 Nº 24 de la Ley General de Pesca y Acuicultura establece que "para los efectos de esta ley se dará a las palabras que en seguida se definen, el significado que se expresa:

24*) Línea de base normal:* Línea de bajamar de la costa del territorio continental e insular de la República. En los lugares en que la costa tenga profundas aberturas y escotaduras, o en los que haya una franja de islas a lo largo de la costa situada en su proximidad inmediata, podrá adoptarse, de conformidad al Derecho Internacional, como método para trazar la línea de base desde la que ha de medirse el mar territorial, el de líneas de base rectas que unan los puntos apropiados". Texto de la Ley General de Pesca y Acuicultura, actualizada hasta agosto de 2006 se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/13315.pdf

[597] Artículo 1º del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.

[598] Lecho: madre de río o terreno por donde corre su agua. Termino extraído de la siguiente dirección electrónica: http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/diccionarioEcologico/diccionarioEcologico.php3?letra=L&numero=01&rango=LABELO_-_LENGUA

[599] Lecho Marino: Superficie cubierta por agua de mar independientemente del régimen de marea. (Bravo & Windevoxhel 1997). Termino que se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://attila.inbio.ac.cr:7777/pls/portal30/INBIO_BIODICTIONARY.DYN_WORD_LIST.show?p_arg_names=_show_header&p_arg_values=YES&p_arg_names=pLetra&p_arg_values=l

[600] Lecho Marino como sinónimo de Fondo de Mar: Extensión del suelo que se inicia a partir de la línea de más baja marea aguas adentro en el mar. El artículo 2 Nº 23 de la Ley General de Pesca y Acuicultura establece que "para los efectos de esta ley se dará a las palabras que en seguida se definen, el significado que se expresa:

23) Fondo de mar, río o lago: extensión del suelo que se inicia a partir de la línea de más baja marea aguas adentro en el mar, y desde la línea de aguas mínimas en sus bajas normales aguas adentro en ríos o lagos.

Y finalmente para efectos de éste Convenio entenderemos por *Subsuelo*[601] a aquel terreno que se encuentra bajo el lecho marino, abarcando su misma extensión.

El ámbito de aplicación del presente Convenio, es el mismo del *Protocolo de Paipa* para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras, es decir, el área marítima del Pacífico Sudeste dentro de la zona marítima de soberanía y jurisdicción hasta las 200 millas, aplicada asimismo, a toda la plataforma continental cuando ésta sea extendida por las Altas Partes Contratantes más allá de sus 200 millas[602].

Además se puede destacar que las medidas que pueden adoptar las Partes para evitar la contaminación marina, se encuentran dirigidas además –del objeto de protección de este Tratado- a evitar la contaminación transfroteriza y de las zonas situadas más allá de aquellas donde las partes Contratantes ejercen su soberanía y jurisdicción[603], es decir, la Alta Mar. Es más, las partes asumen el compromiso de no realizar las actividades contaminantes descritas en el Tratado -vertimiento y enterramiento- en las zonas situadas más allá de aquellas donde las Partes ejercen su soberanía y jurisdicción.

Esto último demuestra, como poco a poco los Estados empiezan a preocuparse no sólo de la contaminación que los pueda afectar dentro de sus fronteras sino también aquella que excede sus límites, porque es un hecho evidente e inevitable que tarde o temprano la contaminación que afecta a la Alta Mar, llegará a las zonas donde los Estados Partes ejercen su jurisdicción incluso hasta sus costas. Por tanto, es coherente esta visión ecosistémica, global con que debe enfrentarse el problema ambiental, ya que si

[601] Subsuelo: terreno que está debajo de la capa de labrantía o laborable, o en general debajo de una capa de tierra. Diccionario de La Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición (2001). Definido en los mismos terminos en; La Enciclopedia, vol. 19º, Editorial Salvat Editores S.A (2004) Madrid, España.
[602] Extraído del artículo 1º del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.
[603] Extraído del artículo 3º del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.

protegemos lo que creemos que es nuestro por encontrarse dentro de nuestra fronteras, es lógico, ambiental y con sentido humano, que protejamos lo que es de todos, nuestro patrimonio común, como también, -a nuestro entender- lo son los océanos y mares, *demostración de un planeta vivo y de su fuerza vital, que desde sus orígenes ha servido de molde para las más increíbles formas de vida*.

Las obligaciones de no hacer que asumen las Altas Partes Contratantes se traducen en prohibir tanto el *vertimiento como el enterramiento*, de *todo tipo* de desechos radiactivos u otras sustancias[604]. Lo importante a destacar en este Protocolo es la utilización del término vertimiento en el mismo sentido que el *Convenio de Londres de 1972*, evacuación y hundimiento, ambos deliberados, pero con los matices que surgen del paralelo entre de ambas Convenciones Internacionales que pasamos a destacar.

13.3.- Paralelo entre el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva y el Convenio de Londres

Primero, que existe una *relación de género a especie* entre el Convenio de Londres y el Protocolo contra la Contaminación Radiactiva, en el sentido que el término vertimiento en el Protocolo se refiere *sólo a los desechos radiactivos* u otras sustancias radiactivas, en tanto que el Convenio de Londres el mismo termino comprende *todo tipo de desechos inclusos los radiactivos.*

Segundo, al hablar de desechos radiactivos, el Protocolo no distingue entre desechos radiactivos de alta y mediana o baja radiactividad, *sino que los prohíbe a todos*, en cambio el Convenio de Londres –al menos el incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, inclusa la Enmienda de la Sección A del Anexo III del Convenio de Londres

[604] Extraído del artículo 2º del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.

de 1972 incorporada en 1992- si distingue entre desechos de alta y mediana o baja radiactividad, pero eso sí, que se debe tener en cuenta que el principio precautorio incorporado por la Enmienda en 1992, debería impedir el vertimiento de desechos de mediana o baja radiactividad, por todo lo expuesto supra-.

Tercero, además el Protocolo introduce el término *enterramiento* –sin expresar que entiende por éste término-, en cambio, el término enterramiento no es incorporado en el Convenio de Londres -ni por lo que sabemos en las enmiendas posteriores- y sólo su Protocolo de 1996 que no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno - Protocolo de 1996 relativo al Convenio de Londres de 1972[605]- se refiere al termino, *almacenamiento*, señalando este instrumento internacional que por vertimiento se entiende también *todo almacenamiento de desechos u otras materias en el lecho del mar o en el subsuelo de éste desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar*. Termino que presenta matices parecidos sobretodo entre almacenamiento en el subsuelo del mar y el enterramiento en el subsuelo marino, *pero son terminos diferentes*.

Cuarto, en cuanto al área geográfica de aplicación, el Protocolo contra la Contaminación Radiactiva tiene un ámbito de aplicación *delimitado en el mismo Tratado*, en cambio el Convenio de Londres tiene un carácter general y de aplicación no reducida a un área geográfica limitada[606],- agregamos al menos no señalado en el mismo Tratado-.

Quinto, el protocolo contra la Contaminación Radiactiva es un Tratado Internacional de *carácter Regional*, adoptado en el marco de los objetivos perseguidos por la Comisión

[605] El Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972, *todavía no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno*. El texto de éste Instrumento Internacional se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.londonconvention.org/documents/lc72/LC+LP%20in%20Spanish.pdf

[606] Farouk Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 653.

Permanente del Pacífico Sur. La *Convención de Londres* es un acuerdo Multilateral adoptado bajo el marco de las Naciones Unidas surgida de la Conferencia Intergubernamental para el Convenio sobre vertimiento de desechos en el mar –celebrada entre el 30 de octubre al 13 de noviembre de 1972 y convocada por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *acogiendo la Recomendación 86* de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 5-16 junio 1972)-.

Sexto, en cuanto a la solución de las controversias *entre las Partes Contratantes*, podemos destacar que el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la contaminación radiactiva nada dice, por tanto, operarán los mecanismos de solución de controversias dispuesta en la Carta de la Organización de los Estados Americanos[607], en particular el capitulo V sobre solución Pacífica de controversias entre los Estados miembros de la OEA, como lo son cada uno de los integrantes de la Comisión Permanente del Pacífico Sur. En cambio la Convención de Londres de 1972 no establece un mecanismo de solución de controversias, aunque si lo establece el artículo 16 del Protocolo de 1996 al Convenio de Londres, pero tal protocolo no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico mientras no sea incorporado a él, por tanto, debemos recurrir a los mecanismos de solución controversias establecidos en la Carta de las Naciones Unidas en su capitulo VI sobre el arreglo pacífico de las controversias, en especial su artículo 33, que dispone diferentes mecanismos de solución como la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

[607] La Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por los diversos Protocolos acordados por los Estados miembros, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html

13.4.- Similitudes entre ambos Convenios Internacionales

Las similitudes saltan a la vista, *primero* en cuanto a que ambos Instrumentos Internacionales *previenen la contaminación marina* impidiendo vertimientos y hundimientos, *intencionales,* de desechos que atentan contra la salud humana, los recursos biológicos y la vida marina, salvo en casos de fuerza mayor a fin de salvaguardar la seguridad de la vida humana[608], a bordo de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, operando, en consecuencia, el aforismo, a lo imposible nadie esta obligado.

Lo anterior, no obsta a que las Partes Contratantes cooperen, en la medida de lo posible, para reducir de inmediato el peligro de contaminación del medio marino, mediante la *oportuna recepción, transmisión y difusión de toda información* sobre estas medidas de emergencia, la información será inmediatamente comunicada a las Partes Contratantes que puedan verse afectadas por el peligro de contaminación, originado por una causa de fuerza mayor[609].

Segundo, en cuanto a que se incorporan principios del derecho internacional del medio ambiente como; prevención, buena fe y cooperación internacional, principio de la responsabilidad común pero diferenciada, principio patrimonio común de la humanidad, precautorio, entre otros. Respecto a éste último principio, destacamos supra, como la Enmienda al Convenio de Londres incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en 1992, introdujo a este Convenio el principio precautorio. En el Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva, no fue necesario Enmienda alguna, ya que expresamente lo ha incorporado el texto[610] del Tratado desde que fue celebrado, expresando *que en el caso que exista duda si un desecho o materia es radiactiva o no,* procede aplicar la prohibición contemplada para

[608] Extraído del artículo 10º del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.
[609] Extraído del artículo 10º del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.
[610] Extraído del artículo 4º del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.

todo tipo de vertimiento -evacuación y hundimientos- y enterramiento de desechos radiactivos, hasta que la Secretaría ejecutiva no confirme la duda, teniendo en cuenta las Recomendaciones del *organismo técnico pertinente*, esto es, la Organización Internacional de Energía Atómica (*OIEA*), si dicho desecho o materia es inocuo.

Tercero en cuanto a que, ambos son Tratados Internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico nacional, y por tanto aplicables por nuestros órganos jurisdiccionales, y que limitan el ejercicio de la soberanía nacional del Estado de Chile, por tratarse de tratados internacionales sobre medio ambiente, y que nosotros concebimos como tratados sobre derechos humanos.

Cuarto en cuanto a que ambos Tratados Internacionales permiten a las Partes Contratantes prevenir la contaminación marina *incluso fuera de los límites de su jurisdicción nacional*, en el caso del Protocolo por disponerlo expresamente el artículo III y la Convención de Londres de 1972, porque a juicio de Farouk Garfe "naturalmente cualquier depositación de desechos radiactivos en los fondos marinos o en su subsuelo constituyen una amenaza seria de contaminación marina y de acuerdo a las obligaciones generales contenidas en el mismo instrumento y otras convenciones y acuerdos, existe el deber de prevenirla y controlarla, sometiéndola a las regulaciones internacionales que existen sobre la materia[611]. Rubilar opina que la opción de eliminar desechos radiactivos en la Alta Mar es jurídicamente improcedente al menos para los signatarios del Convenio de Londres de 1972 y de otros acuerdos regionales sobre la materia[612].

Quinto, no obstante ser más amplia la aplicación del Convenio de Londres -aplicable a todo tipo de desechos y otras materias-, ambos, tanto el Protocolo para la protección del Pacífico Sudeste contra la contaminación radiactiva y el Convenio de Londres se

[611] Farouk Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 655.
[612] Patricia Rubilar Ulloa, "*utilización del Cabo de Hornos como ruta de transporte de desechos radiactivos y los mecanismos jurídicos para impedirlo*". Memoria de prueba, Universidad Católica de Temuco, diciembre (2001) Temuco, Chile; página 74 y 75.

aplican a los desechos radiactivos y a los materiales radiactivos, ello porque el convenio es aplicable incluso *a otras materias* y el Protocolo lo es también *a otras sustancias*[613].

13.5- Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la contaminación Radiactiva y la ley de Seguridad Nuclear

Recordando que las Altas Partes Contratantes asumieron la obligación de dictar leyes y reglamentos para prohibir el *vertimiento y enterramiento* de desechos radiactivos, como también, la obligación de velar por el cumplimiento efectivo de las disposiciones del Protocolo[614], se debe destacar que al incorporarse este Protocolo en agosto de 1995, ya se encontraba vigente desde el 2 de mayo de 1984, la ley 18302 de Seguridad Nuclear[615], que en su artículo 1º[616] invocando el *interés nacional* dispone que quedarán sometidas a esta ley, todas las actividades relacionadas con los usos pacíficos de la energía nuclear *con el objeto de proteger la salud, seguridad y bienes de las personas como del medio ambiente*, y de *asegurar el cumplimiento de los acuerdos o convenios internacionales sobre la materia en que sea parte Chile*. Es decir, al incorporarse el Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva, la ley de Seguridad Nuclear pasa a desarrollar sus normas en lo que sea pertinente,

[613] Similitud concluida en base a la distinción que realizó Raúl Brañes entre la aplicación del Tratado Antártico y el Convenio de Londres de 1972, señalando al respecto que el Tratado Antártico es de alcances más restringidos que la Convención de Londres de 1972, y no por una cuestión de aplicación geográfica, sino porque limita la prohibición de vertimiento a los desechos radiactivos, es decir, a los materiales radiactivos cuya calidad no permite que sean utilizados nuevamente en los procesos que los generaron, mientras que el Convenio sobre vertimientos se aplica además a las sustancias o materiales radiactivos en general.
Raúl Brañes Ballesteros, *la contaminación radiactiva del medio marino comprendido en la zona de aplicación definitiva del Tratado de Tlatelolco, marzo de 1989*. Citado por Patricia Rubilar Ulloa en su memoria de prueba "*utilización del Cabo de Hornos como ruta de transporte de desechos radiactivos y mecanismos jurídicos para impedirlo*", Universidad Católica de Temuco (2001), Temuco, Chile; al pie de página 73.

[614] Extraído del artículo 11º y 12º del Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva.

[615] El texto de la Ley Nº 18302 de Seguridad Nuclear se encuentra disponible y actualizada en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/29719.pdf

[616] El artículo 1º Titulo I De la Autoridad Reguladora de la ley 18302 de Seguridad Nuclear, dispone que: "Por exigirlo el *interés nacional*, quedarán sometidas a esta ley, todas las actividades relacionadas con los usos pacíficos de la energía nuclear y con otras instalaciones y las sustancias nucleares y materiales radiactivos que se utilicen en ellas como de su transporte, *con el objeto de proveer a la protección de la salud, la seguridad y el resguardo de las personas, los bienes y el medio ambiente* y a la justa indemnización o compensación por los daños que dichas actividades provocaren; de prevenir la apropiación indebida y el uso ilícito de la energía, sustancias e instalaciones, nucleares; *y de asegurar el cumplimiento de los acuerdos o convenios internacionales sobre la materia en que sea parte Chile*".

debiendo adecuarse a la aplicación de éste y otros Convenios Internacionales sobre la materia.

Es así entonces, que el artículo 3º de la ley de Seguridad Nuclear dispone que no podrá autorizarse el *almacenamiento* de desechos nucleares o radiactivos en territorio nacional, *salvo que se produzcan u originen en él*[617]. En relación con esta última parte del artículo diremos dos cosas:

Primero; la ley recoge el principio de derecho internacional *de la cuna a la tumba*, es decir, -como lo destaca Montenegro, Hervé y Durán-, el generador es responsable de aquellos residuos desde su generación hasta que queden transformados en materia inerte, depositados o eliminados en un lugar seguro sin riesgos para el medio ambiente. Esta responsabilidad traspasa las fronteras y acompaña el movimiento transfronterizos de residuos[618]. Manifestación de éste principio también se encuentra en el documento *de posición conjunta de los Países Amazónicos*[619]con miras a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río en 1992. En él se lee en su Capítulo VI sobre desechos tóxicos y peligrosos en el Punto 1; "*los desechos tóxicos deben ser depositados o eliminados en el lugar de su producción.* Los países deben disponer de tecnologías adecuadas para el manejo ambientalmente seguro de tales desechos".

Segundo; como nuestra Ley de Seguridad Nuclear 18302 en su artículo 4º inciso tercero parte final dispone que "no podrá autorizarse el *almacenamiento* de desechos nucleares o radiactivos en *territorio nacional*, *salvo que se produzcan u originen* en él", y

[617] Extraído de la Ley de Seguridad Nuclear Título III De la Seguridad Nuclear Párrafo I.- De las Medidas de Seguridad Nuclear artículo 4º inciso 3º.
[618] Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., y Valentina Durán M., Ob.Cit. en nota 162; página 281.
[619] Este documento de posición conjunta de los Países Amazónicos y la Declaración de la II Reunión de los Presidentes de los Países Amazónicos, reunidos en Manaos en los días 10 y 11 de febrero de 1992, conocida como la *Declaración de Manaos de 1992*, se encuentran disponibles en la siguiente dirección electrónica: http://www.otca.org.br/ep/Institucional/Reunion_Presidentes/2-Reunion.php#topo

teniendo en cuenta que en nuestro país se *producen desechos radiactivos*[620] principalmente derivados de aplicaciones de técnicas nucleares en Industrias, Universidades, Hospitales y Centros de Investigación del país[621], y cuyo volumen final de desechos procesados y acondicionados para almacenamiento, alcanza cada año –tomando como referencia el periodo comprendido entre el año 2001 a 2006- un volumen promedio de 2,15 m^3 de desechos acondicionados y que se encuentran en la Instalación de Almacenamiento de Desechos Acondicionados en Lo Aguirre, Santiago[622]; concluiremos que es evidente que en nuestro país se almacenan desechos radiactivos.

Si a lo anterior agregamos que el termino *almacenamiento* que contempla la ley de Seguridad Nuclear, no se encuentra definido en la misma Ley, ni en ninguna otra

---

[620] La Comisión Chilena de Energía Nuclear, en adelante *CCHEN*, fue creada por la ley 16319 publicada en el Diario Oficial de 23 de Octubre de 1965, norma que le otorga el carácter de órgano de la Administración Autónoma del Estado, con personalidad jurídica de derecho público con patrimonio propio. Se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Minería. *Es responsable del desarrollo de la ciencia y tecnología nuclear del país.* Se encuentra integrada por varios Departamentos que desarrollan en conjunto el objetivo de la Comisión, esto es, atender los problemas relacionados con la producción, adquisición, transferencia, *transporte y uso pacífico de la energía nuclear*, así como de los materiales fértiles fisionables y radioactivos. Uno de sus Departamentos es el Departamento de Protección Radiológica y Ambiental que tiene como objetivo particular *proporcionar servicios especializados* de apoyo en Protección Radiológica, Vigilancia Radiológica Médica y Ambiental, Metrología de Radiaciones Ionizantes, *Gestión de los Desechos Radiactivos*, tanto a usuarios internos como externos a la *CCHEN*, centralizando las actividades de gestión ambiental y prevención de riesgos de la *CCHEN*, *constituyendo el nexo técnico entre la Comisión y las autoridades fiscalizadoras nacionales en materias ambientales y de prevención de riesgos y con los programas de control de organismos internacionales adscritos a Naciones Unidas*.
Todo lo anterior con el fin de proteger a las personas, bienes y medio ambiente de los eventuales riesgos derivados del uso de las radiaciones ionizantes y de la energía nuclear, cumpliendo cabalmente con la legislación vigente.
Este Departamento esta integrado por varias Secciones, como la *Sección de Gestión de Desechos Radiactivos*. Esta Unidad o Sección tiene como objetivo *centralizar las actividades relacionadas* con la recolección, tratamiento, acondicionamiento, transporte y almacenamiento de los desechos radiactivos que *se generen producto del desarrollo nuclear*. El concepto final, es la etapa de almacenamiento de los desechos en forma acondicionada, previo a la disposición.
Información extraída de las siguientes direcciones electrónicas:
http://www.cchen.cl/index.php?option=com_content&task=category&sectionid=11&id=112&Itemid=71
http://www.cchen.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=56&Itemid=71

[621] La Unidad de Gestión de Desechos Radiactivos, en adelante UGDR, en el periodo de septiembre de 2001 a marzo de 2002, atendió un total de 23 instalaciones de los sectores Industrial, Investigación y Salud para evaluación de la factibilidad técnica-económica de la gestión de desechos por ellos producidos y se hizo la Recolección de desechos de 10 instalaciones radiactivas del país, para ser gestionados como desechos radiactivos. En definitiva, se realizó la gestión de 10 m^3 de desechos radiactivos, generados en industrias (fuentes de radiación en desuso y sólidos metálicos contaminados); universidades (líquidos orgánicos, textiles, papeles, viales), y en CCHEN (resinas de intercambio iónico, textiles, papeles, plásticos y partes de equipos). El volumen final de desecho procesado en el año fue 2 m^3 de desechos acondicionados para almacenamiento, y se encuentran en la instalación de almacenamiento de desechos acondicionados en Lo Aguirre. Extraído de la Memoria Anual 2002, Comisión Chilena de Energía Nuclear, gestión de desechos radiactivos, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cchen.cl/xp2/?docp=10/6

[622] Este promedio se extrajo de los datos aportados por la CCHEN en sus Memorias Anuales de 2002 a 2005, abarcando un periodo 2001-2006. Se tomó como referencia el volumen final de desechos procesados y acondicionados en cada periodo y que se encuentran en la Planta de Tratamiento y en la Instalación de Almacenamiento de Desechos Acondicionados en Lo Aguirre. Así entonces basados en los datos de la Memoria Anual de 2002 (volumen final 2 m3); Memoria Anual de 2003 (volumen final 2,4 m3); Memoria Anual de 2004 (volumen final 2,2 m3) y de la Memoria Anual de 2005 (volumen final de 2 m3), se obtiene como promedio del periodo de 2001-2006 un volumen final de 2,15 m3 de desechos procesados y acondicionados para su almacenamiento. Los datos destacados fueron extraídos de las siguientes direcciones electrónicas:
Memoria Anual de 2002 CCHEN: http://www.cchen.cl/xp2/?docp=10/6
Memoria Anual de 2003 CCHEN: http://www.cchen.cl/xp3/
Memoria Anual de 2004 CCHEN: http://www.cchen.cl/xp4/?optn=secsgdr
Memoria Anual de 2005 CCHEN: http://www.cchen.cl/xp5/?optn=secsgdr

norma legal nacional, ni en algún Tratado Internacional incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, para desentrañar su significado recurriremos entonces, a las palabras técnicas de la ciencia o arte como dispone nuestro código civil en su artículo 21, encontrándose definido éste termino por el *Organismo Internacional de Energía Atómica* (*OIEA*) entendiendo el almacenamiento (storage) como aquella *colocación de los desechos radiactivos en una instalación donde se aplican medidas de contención con el propósito de recuperarlos*[623]. Teniendo en cuenta lo que se ha dicho, recordaremos lo que dice la parte final del artículo 4º de la ley de seguridad nuclear, en cuanto a que no podrá autorizarse el *almacenamiento de desechos nucleares o radiactivos en territorio nacional*, salvo que se produzcan u originen en él.

13.6.- Interpretación armónica entre el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva y la ley de Seguridad Nuclear

Conforme a lo expuesto supra, e intentado una interpretación armónica entre la Ley de Seguridad Nuclear y el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva, diremos lo siguiente:

1.- Si la ley de seguridad nuclear permite el almacenamiento en el *Territorio Nacional* en casos que los desechos se hayan producido en nuestro país -lo que por lo demás nos parece correcto, ajustado a derecho y conforme a una moral de país que mira con respeto a los demás Estados integrantes de la comunidad internacional, ya que no derivamos nuestros desechos radiactivos a ningún otro país en perores condiciones de desarrollo que el nuestro, como lo hacen las grandes potencias con los países

[623] Glosario que define el termino almacenamiento y otros de importancia, se encuentra contenido en documento pdf denominado *Colección de Normas de Seguridad del Organismo Internacional de Energía Atómica*, Viena, Austria (2004). Disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www-pub.iaea.org/mtcd/publications/pdf/pub1089s_web.pdf
Una información más completa del término almacenamiento se encuentra en un glosario del Organismo Internacional de Energía Atómica, en ingles de 2006, denominada IAEA Safety Glossary. Terminology used in nuclear, radiation, radioactive waste and transport safety. Version 2.0 september 2006. Disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www-ns.iaea.org/downloads/standards/glossary/glossary-english-version2point0-sept-06-12.pdf

subdesarrollados, al intercambiar dólares por zonas geográficas destinadas a convertirse en basureros de desechos de todo tipo-; y por otro lado, como el Protocolo prohíbe todo vertimiento y/o enterramiento de desechos radiactivos u otras sustancias radiactivas en el mar y/o en el lecho de éste y en su subsuelo, y extiende tal prohibición al área zona marítima de soberanía y jurisdicción del Pacífico Sudeste hasta las 200 millas de las Altas Partes Contratantes, aplicándose asimismo, a toda la Plataforma Continental cuando ésta sea extendida por las Altas Partes Contratantes más allá de sus 200 millas, área que corresponde al ámbito de aplicación del Protocolo, *se apreciará que existe una parte de la zona marítima en la que se aplica el Protocolo que corresponde al Mar territorial que entra en pugna con el artículo 4º inciso final de la ley de seguridad nuclear*, pues esta ley se refiere al *territorio nacional como lugar en que se pueden almacenar estos desechos*, lo que incluiría además, *el mar territorial –subsuelo- como lugar de almacenamiento,* ya que como nos recuerda Mario Duvauchelle, el mar territorial se extiende hasta las 12 millas marinas medidas a partir de la línea base determinadas en conformidad a la Convención del Mar o de Jamaica de 1982, *siendo el Mar territorial parte del territorio de cada Estado*[624].

Así entonces, como el Protocolo prohíbe el vertimiento y/o enterramiento de desechos radiactivos y otras sustancias radiactivas, y teniendo en cuenta que el término enterramiento no se encuentra definida por ninguna ley de la República, Tratado Internacional incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco nada dicen las palabras técnicas de la ciencia o arte al respecto, para deducir su significado recurriremos al sentido natural y obvio como lo dispone el artículo 20 del código civil, teniendo en cuenta el contexto bajo el cual se expresa la palabra. Así entonces

[624] Mario Duvauchelle Rodríguez, *la convención del derecho del mar: su contenido y principales problemas que plantea su ordenamiento jurídico*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Nº 199 (1996) Concepción, Chile; página 31.

entenderemos por el término enterramiento[625], como aquella acción que consiste en poner debajo del lecho marino –esto es, en el sublecho marino- desechos radiactivos u otras sustancias radiactivas. En consecuencia, cualquier desecho radiactivo u otra sustancia que sea colocada en el sublecho marino esta prohibida, por lo tanto lo que también estaría impidiendo este Protocolo, es almacenar estos desechos radiactivos bajo el lecho del mar y más precisamente en el sublecho que corresponde a la zona marítima del mar territorial.

Lo anterior, es coherente con una interpretación que hace prevalecer las disposiciones de un Tratado Internacional a las disposiciones contenidas en una Ley de la República cuyo origen es de fuente nacional. *Téngase presente todos los argumentos esgrimidos sobre este tema* -prevalencia del Tratado sobre la ley- *en el desarrollo de ésta memoria, y lo expuesto a propósito del Convenio de Rotterdam.*

Por tanto, una interpretación armónica nos dice que en nuestro país sólo se puede almacenar estos desechos en el *Territorio continental*.

La precisión es de importancia por lo expuesto y por una eventual incorporación del Protocolo de 1996 al Convenio de Londres de 1972, Protocolo que no obstante prohibir expresamente el almacenamiento de desechos radiactivos u otras materias en el lecho del mar o en el subsuelo de éste desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, *excluye* del termino mar[626] y por tanto del ámbito de aplicación del Protocolo de 1996, *los depósitos en el subsuelo del mar a los que sólo se tiene acceso desde tierra*.

En consecuencia, en el evento que se incorpore el Protocolo de 1996 se debe realizar la correspondiente declaración interpretativa, de manera que no contradiga al Protocolo de

[625] Enterramiento; acción y efecto de enterrar. Enterrar; poner debajo de tierra; hacer desaparecer algo debajo de otra cosa como si estuviese oculto bajo tierra. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española Vigésima Segunda Edición (2001).

[626] El Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, 1972, en su artículo 1º sobre definiciones punto 7., dispone que por Mar se entiende todas las aguas marinas, que no sean las aguas interiores de los Estados, así como el lecho del mar y el subsuelo de éste. Este término no incluye los depósitos en el subsuelo del mar a los que sólo se tiene acceso desde tierra. Se debe recordar al lector que este Protocolo no se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva, pues este último protege el mar, su lecho y sublecho sin hacer distinción respecto a si los depósitos en el subsuelo del mar se tiene sólo acceso desde tierra o no.

Por lo demás, en caso de conflictos entre Tratados sobre Derechos Humanos –creemos que- se debe realizar un proceso hermenéutico *pro homine y por tanto pro ambiente*, respetando los principios generales de derecho internacional, buena fe y pacta sunt servanda. Lo anterior unido a una interpretación finalista de las normas jurídicas que sean pertinentes, Carta Fundamental, Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y demás normas jurídicas que sean aplicables.

Creemos que es necesario modificar la ley de seguridad nuclear para permitir la *disposición final*[627] de los desechos radiactivos (disposal) que han sido generados en nuestro país, como aplicación del principio de derecho internacional del medio ambiente *de la cuna a la tumba*.

13.7.- Transportes Marítimo de Materiales y/o Sustancias Nucleares

Finalmente y relacionado con este Protocolo y otros Convenio Internacionales, como el de Basilea y la Convención del Mar, trataremos el tema del transporte marítimo de materiales y/o sustancias nucleares. En el desarrollo de este tema se entenderá el término sustancia nuclear[628]como lo dispone la ley de Seguridad Nuclear, esto es, comprendiendo a los desechos radiactivos, en una relación de género a especie.

[627] El OIEA entiende por *disposición final previa* (predisposal) como las etapas de la gestión de desechos que se realizan con anterioridad a la disposición final de los desechos, tales como: tratamiento previo, tratamiento, acondicionamiento, *almacenamiento* y actividades de transporte. La clausura se considera parte de las actividades de gestión previas a la disposición final de los desechos radiactivos.
Por *disposición final* (disposal); lo entiende como la colocación de los desechos en una instalación apropiada sin la intención de recuperarlos. (Algunos países utilizan el término "disposición final" para incluir las descargas de efluentes en el medio ambiente.)
Definiciones extraídas del glosario que se encuentra incorporado en *Colección de Normas de Seguridad del Organismo Internacional de Energía Atómica*, Viena, Austria (2004). Disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www-pub.iaea.org/mtcd/publications/pdf/pub1089s_web.pdf

[628] El artículo 3° de la ley de Seguridad Nuclear dispone que para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

13.7.1.- Aspectos generales

Como nos recuerda Camus y Hajek, en Chile el tema del transporte de materiales radiactivos y sus implicancias jurídicas comenzó a discutirse en 1992, no producto de una política gubernativa destinada a la protección y preservación del medio ambiente, en especial del medio marino, sino que debido a la reacción de la opinión pública ante el inminente paso de un barco con plutonio por el Cabo de Hornos[629].

No obstante lo anterior, el plan de acción para la protección del medio marino y las áreas costeras del Pacífico Sudeste, llevado a cabo por la CPPS y Panamá desde 1981 contempló también la adopción de medidas que tuvieron por fin regular el Transporte marítimo de sustancias radiactivas y otras sustancias peligrosas a fin de proteger adecuadamente el medio marino[630]. Concientes de tal amenaza, los ministros de relaciones exteriores de los países integrantes de la CPPS, expresaron su preocupación por la decisión adoptada por algunos Estados de transportar materiales y desechos radiactivos por rutas marinas que atraviesan el pacífico sudeste en la proximidad de las costas de los miembros del CPPS, sea ingresando por el canal de Panamá o los pasos australes, debido al peligro que representan estos materiales y desechos para la salud y el medio ambiente[631].

7.- Sustancia Nuclear: a) Los combustibles nucleares, salvo el uranio natural y el uranio empobrecido, que por sí solos o en combinación con otras sustancias, puedan producir energía, mediante un proceso automantenido de fisión nuclear, fuera de un reactor nuclear. b) Los productos radiactivos. c) Los subproductos y *desechos radiactivos*.

[629] Pablo Camus y Ernst Hajek, *historia ambiental de Chile*. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.ecolyma.cl/paginas/documentos/histambchile/hist_amb_chile_v1.pdf
Citado por Patricia Rubilar Ulloa, "utilización del Cabo de Hornos como ruta de transporte de desechos radiactivos y los mecanismos jurídicos para impedirlo". Memoria de prueba, Universidad Católica de Temuco, diciembre (2001) Temuco, Chile; página 77.

[630] Declaración Ministerial de Lima, efectuada por los Ministros Relaciones Exteriores de los países integrantes de la CPPS, efectuada el día 4 de marzo de 1993, en la ciudad de Lima, Perú. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cpps-int.org/spanish/tratadosyconvenios/declaracionesministeriales/DECLARACION%20DE%20LIMA%204%20MARZO%201993.pdf

[631] Declaración Ministerial de Santiago, efectuada por los Ministros Relaciones Exteriores de los países integrantes de la CPPS, efectuada el día 14 de agosto de 2000, en la ciudad de Santiago, Chile. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cpps-int.org/spanish/tratadosyconvenios/declaracionesministeriales/DECLARACION%20DE%20SANTIAGO%2014%20AGOSTO%202000.pdf

13.7.2.- ¿Prohíbe o no nuestra legislación de fuente nacional expresamente el transporte marítimo de material y/o sustancias nucleares?

Teniendo presente lo expuesto supra, por los Estados miembros de la CPPS, representados por sus respectivos Ministros de Relaciones Exteriores, debemos expresar que no vemos una coherencia, entre la política de Estado en materia internacional para la protección del pacífico sudeste, y en particular en el tema del transporte marítimo de materiales y/o sustancias nucleares, con la legislación interna y los últimos acuerdos internacionales incorporados por nuestro país relacionados con esta materia.

Lo anterior por lo siguiente:

1.- *No existe una prohibición expresa* en la legislación de nuestro país que impida el transporte de materia y sustancias radiactivas por el territorio nacional y la zona marítima en que Chile ejerce soberanía y jurisdicción conforme a los límites dispuestos en la Convención del Mar de 1982.

Al respecto la ley de seguridad nuclear en su artículo 4º establece que para el *ingreso o tránsito por el territorio nacional, zona económica exclusiva, mar presencial y espacio aéreo nacional de sustancias nucleares o materiales radiactivos se necesitará autorización de la Comisión Chilena de Energía Nuclear*. Agrega el artículo que para el otorgamiento de dichas autorizaciones deberán considerarse, en todo caso, *las condiciones que permitan preservar un medio ambiente libre de contaminación*.

Por su parte el artículo 10° dispone que el transporte de sustancias nucleares o materiales radiactivos se hará en la forma más segura, directa y rápida posible, según las condiciones que se establezcan en los reglamentos. También se destaca en el artículo 54 inciso 2º de la misma ley, el transporte de estas materias o sustancias, pues dispone que será considerado como explotador, para efectos de esta ley, *todo*

transportista de sustancias nucleares o de materiales radiactivos que utilice el espacio aéreo nacional, el mar territorial, el mar presencial y la zona económica exclusiva chilena.

Existe además el reglamento de transporte radiactivo[632] contenido en el Decreto Ley Nº 12 de 1985 del Ministerio de Minería que dispone las condiciones generales que debe cumplir el transporte de materiales radiactivos en todas sus modalidades de transporte, ya sea, acuática, terrestre o aérea.

Por otra parte, el artículo 3° de la ley 16319[633] de 1965 dispone que el objeto de la Comisión será atender entre otros, *los problemas relacionados con el transporte* y uso pacífico de la energía atómica y de los materiales fértiles, fisionables y radioactivos.

Debemos agregar que la ley de Navegación tampoco prohíbe el transporte marítimo de sustancias radiactivas y otras sustancias peligrosas. Eso sí que en su artículo 32 consagra una importante disposición en torno a las atribuciones que tiene la Dirección Marítima *para restringir o prohibir el paso o transito por las aguas jurisdiccionales de nuestro país*. A su vez, la ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante[634] de 1953, tampoco prohíbe el transporte de este tipo de materiales o desechos.

Por todo lo anterior, expresaremos que nuestra legislación nacional *lejos de impedir o prohibir el paso o transito por las aguas jurisdiccionales del trasporte de materiales y/o sustancias nucleares, -considerando que en esta última nuestra ley de seguridad nuclear incluye a los desechos radiactivos-; lo permite o consiente abiertamente*.

---

[632] Reglamento para el Transporte seguro de Materiales Radiactivos, Decreto Ley Nº 12 de 10 de junio de 1985, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cchen.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=203&Itemid=87

[633] La ley 16319 fue publicada en 23 de octubre de 1965, teniendo como objeto la creación de la Comisión Chilena de Energía Nuclear. El texto de la ley se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/28393.pdf

[634] El DFL Nº 292 de 1953 Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, fue publicado el día 5 de agosto de 1953 y se encuentra disponible en al siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/5333.pdf

Si a todo lo anterior agregamos que Chile incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Convención para la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares[635], instrumento internacional que se acuerda no sólo con el objeto de comunicar pronta o raudamente a los Estados ribereños que se puedan ver afectados con un accidente nuclear, sino que también persigue, la prevención de tales accidentes o bien reducir al mínimo sus consecuencias[636]. Esta Convención se aplica también a los accidentes relacionados con actividades como el *transporte y almacenamiento* de combustibles nucleares o *desechos radiactivos*[637].

En consecuencia si tenemos en cuenta el objeto que persigue esta Convención y los distintos derechos que ha establecido la Convención del Mar a favor de los demás Estados de la comunidad internacional, verbigracia, el derecho de paso inocente por nuestro Mar Territorial, el derecho de tránsito por los Estrechos y la libertad de navegación por la zona económica exclusiva, y más aun si tenemos en cuenta la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares de 1979 que regula expresamente el transporte del *materiales nucleares* por cualquier vía incluso la marítima, podemos deducir que nuestro país *ha aceptando internacionalmente y de manera expresa* el transporte marítimo de todo tipo de materiales y/o sustancias nucleares desechos, *inclusos los radiactivos*.

[635] El Convenio sobre la pronta notificación de accidentes nucleares fue acordado el 26 de septiembre de 1986, en el marco de la Conferencia General del Organismo de Energía Atómica (OIEA) en Viena, República de Austria, promulgándose por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 381 de 27/12/05, publicado en el Diario Oficial el día 25 de abril de 2006, y que en virtud de las atribuciones conferidas al Presidente de la República por las disposiciones constitucionales en los artículos 32 Nº 15 y 54 Nº 1 de la Constitución Política de la República, se ordena se cumpla y lleve a efecto como ley de la república la presente Convención. El texto se encuentra disponible en formato pdf en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_vally177.pdf

[636] Extraído del Protocolo del Convenio sobre la pronta notificación de accidentes nucleares.

[637] La Convención sobre Pronta Notificación de Accidentes Nucleares en su artículo 1º sobre el ámbito de aplicación dispone en su punto 1. "que la presente Convención se aplicará a todo accidente relacionado con las instalaciones *o actividades de un Estado Parte, o de personas o entidades jurídicas bajo su jurisdicción o control*, a que se hace referencia en el párrafo 2 infra, que ocasione, *o sea probable que ocasione, una liberación de material radiactivo*, y que haya resultado, *o pueda resultar*, en una liberación transfronteriza internacional que pueda tener importancia desde el punto de vista de la seguridad radiológica para otro Estado. Punto 2. Las instalaciones y actividades a que se refiere el párrafo 1 abarcan las siguientes: letra d) el transporte y almacenamiento de combustibles nucleares o desechos radiactivos".

13.7.3.- ¿Puede restringirse, suspenderse o prohibirse el transporte de materiales y/o sustancias nucleares?

No obstante lo categórico de la conclusión anterior, que por lo demás, no se condice con un *sistema normativo garantista*, en cuya cúspide se encuentra nuestra Carta Fundamental, que reconoce, ampara y respeta entre otros derechos, *la vida y salud de las personas como el vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en el que se incluye el deber del Estado de velar porque este derecho no sea afectado y preservar la naturaleza, como lo es también el medio ambiente marino;* diremos que existe en la misma legislación nacional y en algunos Tratados Internacionales, normas jurídicas a través de la cuales se puede *impedir, suspender o prohibir el transporte marítimo de materias y/o sustancias nucleares, si se cumplen ciertas condiciones o requisitos*.

En este sentido, conforme al artículo 32º de la ley de Navegación[638], la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, en adelante *Directemar*, podrá en casos calificados, *restringir o prohibir el paso o la permanencia* de naves en determinadas zonas o lugares *o prohibir su ingreso a puertos nacionales*. Podrá *también prohibir el tránsito por aguas sometidas a la jurisdicción nacional, si su paso no es inocente o es peligroso*. Y cabe preguntarse entonces ¿qué paso puede considerarse que no es inocente o es peligroso?

Al respecto diremos que como el fin del Estado es promover el bien común, y se logra cuando se contribuye a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible -artículo 1º de la Carta Fundamental-, y si consideramos que se concretiza el bien común cada vez que se respetan los derechos esenciales de la persona humana,

[638] La ley de Navegación se encuentra disponible y en versión actualizada en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/6855.pdf

como lo es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza –artículo 19 Nº 8-, y si a lo anterior agregamos que también se ejerce la soberanía nacional cuando se protege el patrimonio ambiental –pues así lo entendían los integrantes de la comisión constituyente- y que se limita a su vez el ejercicio de este poder soberano por el deber de respeto de los derechos esenciales y por los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico interno- artículo 5º de la Carta Fundamental-, y finalmente que si se tiene en cuenta lo que prescribe el artículo 6º de la Constitución en cuanto a que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República, y teniendo en cuenta que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo; entonces podremos concluir, que al pasar por nuestras aguas jurisdiccionales una nave que transporta materiales y/o sustancias nucleares, podemos fácilmente entender que ese paso *es peligroso para la vida y salud de los habitantes de la república y para la conservación y preservación de nuestro medio ambiente marino*, y este paso ya no es inocente[639] porque también *atenta contra la seguridad nacional*.

Por tanto, el órgano de la Administración del Estado, *Directemar*, como todo órgano del Estado, *debe velar por el respeto de los derechos fundamentales* y tiene el *deber de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, así como, también debe colaborar para que se garantice el orden institucional de la república[640],

[639] El artículo 19 de la Convención del Mar, a propósito del significado de paso inocente, dispone en su punto 1.: "que el paso es inocente mientras *no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño*. Ese paso se efectuara con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional.".

[640] En este sentido destaca el profesor Mario Verdugo Marinkovic, que según lo puntualiza el Informe de la Comisión de Estudios, la Seguridad Nacional en terminos modernos, tiene un a amplia y profunda significación ya que no sólo comprende la defensa de la Patria, de la integridad territorial de la Nación y de la Soberanía del Estado, sino que involucra también el concepto de desarrollo integral que capacite al país para lograr el cumplimiento de los grandes objetivos nacionales y precaver para superar con éxito las situaciones de emergencia que pongan en peligro el cumplimiento de esos objetivos". Agrega que sin desestimar las apreciaciones contenidas en el documento de la Comisión de Estudios, cabe puntualizar que efectivamente el concepto de seguridad nacional ha experimentado cambios en su contenido, pero no tan sólo en el sentido que allí se indica, sino también con un marcado énfasis ideológico. En efecto agrega el profesor que durante la Guerra Fría se entregaron a las Fuerzas Armadas, especialmente de los

siendo uno de esos aspectos *la seguridad nacional*, ya que no obstante ser esencial este deber en las Fuerzas Armadas, no es privativa de ellas.

Marisol Peña Torres sobre este tema – en cuanto a garantizar el orden institucional de la República-, expresa que con la reforma (2005) se refuerza el rol indiscutible del Jefe de Estado en cuanto *gran responsable de la seguridad externa e interna del país*[641].

Así entonces como –destaca Manuel Cofré- la legislación nacional, incluida en esta la internacional, ha entregado a la *Directemar* la *responsabilidad de preservar nuestro medio ambiente marino, incluidos, ríos y lagos navegables*. La *Directemar* en virtud del artículo 5º de la ley de navegación tiene como una de sus funciones, velar por la *aplicación y fiscalización* de las normas reglamentarias, legales y aquellas contenidas en los tratados internacionales incorporados por Chile[642], así como –agregamos- el deber de cumplir con una importante misión ambiental cual es, *la preservación de la ecología en el mar*.

Este órgano de la Administración del Estado a fin de proteger el medio ambiente marino de la *depredación o contaminación o por exigirlo el interés nacional*, puede *impedir o prohibir el derecho de paso inocente o la libre navegación*, en caso por ejemplo, que crea que el paso de una nave es peligroso porque transporta material

---

países periféricos, ciertas misiones tutelares de la vida civil, pero con el objeto de combatir el enemigo interno, y para tal efectos se estructuraron acciones transnacionales. Si se tiene presente el texto del derogado artículo 8º, en el que se configuraba un verdadero delito de opinión, resulta del todo explicable la reserva de la civilidad ante esta normativa. Destaca también el profesor Verdugo que convertir a las F.F.A.A., en garantes de orden institucional, esto es, adoptar el modelo pretoriano que estatuye al soldado como guardián de la Constitución, no se aviene por cierto con los principios de un Estado Democrático de Derecho en que rige en plenitud el imperio de la ley, en que el ejercicio del poder se encuentra distribuido entre los diversos órganos y en que existen mecanismos para controlar los eventuales desbordes de poder. Por ello parece del todo consecuente que, junto con suprimir en el inciso 2º del artículo 90 la frase "y garanticen el orden institucional de la República, se puntualizará en el inciso 1º del artículo 6º que corresponde a todos los órganos del Estado, garantizar el orden institucional de la República".
Mario Verdugo Marinkovic, *notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional*. La Constitución Reformada de 2005, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Librotecnia, 1ª edición, diciembre (2005) Santiago, Chile; páginas 500, 501, 503 y 504.

[641] Agrega Marisol Peña Torres que éste rol indiscutible se desprende del artículo 24 de la Carta Fundamental, lo que le parece que minimiza la importancia de la seguridad nacional, sobre todo de cara a las nuevas amenazas y riesgos que puede enfrentar el desenvolvimiento de los modernos Estados. En la propia Organización de las Naciones Unidas se ha hecho presente, recientemente la existencia de una trilogía indisoluble entre los conceptos de seguridad, desarrollo y derechos humanos.
Marisol Peña Torres, reformas al sistema de remoción de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y a la composición y atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional. La Constitución Reformada de 2005, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Librotecnia, 1ª edición, diciembre (2005) Santiago, Chile; páginas 523 y 524.

[642] Manuel Cofre Muñoz, *una visión de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, sobre los espacios marinos legales y las reservas marinas*. Revista Estudios Oceanológicos, facultad de Recursos del Mar de la Universidad de Antofagasta, vol. 16 (1997) Antofagasta, Chile; página 16. El texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.uantof.cl/recursos_mar/pdf/vol16/vol16_13.pdf

radiactivo o desechos radiactivos, decisión que se encuentra respaldada por el ejercicio de todas las normas constitucionales citadas mas arriba, -concretando cada una de ellas, los valores positivados en nuestra Carta Fundamental-, y legales o reglamentarias que sean pertinentes, para impedir o prohibir el paso inocente o la libre navegación por las aguas jurisdiccionales.

Junto a lo anteriormente expresado, se debe tener en cuenta la ley de seguridad nuclear que en su artículo 4º dispone que para el ingreso o *tránsito por el territorio nacional, zona económica exclusiva, mar presencial y espacio aéreo nacional de sustancias nucleares o materiales radiactivos se necesitará autorización de la Comisión Chilena de Energía Nuclear,* con las formalidades y en las condiciones que se determinan en esta ley y en sus reglamentos.

Este artículo exige que para *el otorgamiento de una autorización*, se considere las condiciones que permitan preservar un medio ambiente libre de contaminación, y tratándose del transporte de sustancias o materiales radiactivos, *se dejará constancia de las fechas en que se efectuará, las rutas y áreas a utilizar, las características de la carga y las medidas de seguridad y de contingencia.*

En consecuencia, a contrario sensu, podemos deducir que si no se cuenta con tal autorización expedida por la Comisión Chilena de Energía Nuclear, porque no se han cumplido con los requisitos o condiciones exigidas por la ley o los reglamentos respectivos para expedirla –verbigracia, falta una indicación precisa de fechas, rutas, áreas, y otras que se consideren de importancia, como por ejemplo el mal tiempo reinante- o bien porque representa un peligro para protección de la salud, la seguridad y el resguardo de las personas, los bienes y el medio ambiente, y no obstante lo anterior se verifica el transporte de materiales o sustancias nucleares por nuestras aguas

jurisdiccionales, el infractor, además de incurrir en la comisión de un hecho ilícito como lo dispone el artículo 45 de la ley de seguridad nuclear[643], obliga a la *Directemar* y a la *CCHEN* a adoptar medidas para proteger tanto a las personas y bienes como al medio ambiente marino, y entre las medidas que puede adoptar se *encuentran prohibir el paso inocente o impedir la libre navegación.*

Se debe tener presente eso sí que, como bien lo destaca *Biggs*[644], que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 -Convemar o law of the Sea- dispone que *un paso es inocente*[645] mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño y se considera que deja de serlo, si un buque realiza en el mar territorial, cualquier acto de contaminación intencional y grave contrario a la Convemar. En esta situación, el Estado ribereño podrá *suspender temporalmente,* en determinadas áreas de su mar territorial, *el paso inocente de buques extranjeros* si dicha suspensión es indispensable para la protección de su seguridad, incluidos los ejercicios con armas[646]. Este derecho fue ejercido por Estados Unidos en el Pacífico Norte, en el mar territorial aledaño a las islas Aleucianas, debido a la realización de ensayos nucleares. En esa oportunidad este país se basó en el artículo 16 de la Convención de 1958 sobre Mar Territorial[647].

Quisiéramos destacar –en relación con lo destacado supra- que en el proceso de gestación de la Constitución de 1980, el Presidente de Conicyt envía un Oficio a la Comisión Constituyente expresando que existe consenso en que el nuevo texto constitucional debería fundarse en los siguientes conceptos básicos: "que la soberanía

[643] Artículo 45º de la ley de Seguridad Nuclear dispone que "el que realizare cualquiera actividad- agregamos incluso el transporte- relativa al uso pacífico de la energía nuclear, *sin la debida autorización, licencia o permiso de la Comisión,* constituyendo un peligro para la vida, la salud o la integridad de las personas, o para los bienes, los recursos naturales o el medio ambiente, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio".
[644] Gonzalo Biggs Bruna, *el derecho internacional del medio ambiente y su impacto en el derecho chileno*. Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional. Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editorial Lexis Nexis, 1ª Ed. julio (1998), Santiago, Chile; página 460 y 461.
[645] Artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.
[646] Artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.
[647] Gonzalo Biggs Bruna, Ob.Cit. en nota 240; página 459.

nacional no sólo se ejerce cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico, *sino también al proteger el medio ambiente y los recursos naturales*"[648]. El comisionado Silva Bascuñan expresa en la Sesión Nº 186 que manifiesta que la redacción dada- aludiendo a la redacción dada por el comisionado *Evans a un* concepto preliminar sobre el derecho a la protección de un medio ambiente- es un buen trabajo y está de acuerdo con su sustancia, expresando más abajo que "lo mismo piensa respecto del inciso tercero, relativo a que la *integridad del patrimonio territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental*". Estima que donde se define la soberanía y su contenido debe colocarse una frase que se relaciona tan íntimamente con ella y con la seguridad, *porque el patrimonio no puede ser sólo físico, sino también ambiental, que es un integrante sustancial*; lo cual vale la pena subrayar frente a los nuevos valores que, dentro del desarrollo científico y técnico, se están jugando en éste momento tan importante[649].

En seguida el Sr. Ortúzar -Presidente de la Comisión-, respecto del inciso tercero-la integridad del patrimonio territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental- consulta si la Mesa quedaría facultada para buscar un término adecuado que evite la repetición del vocablo patrimonio.

Al respecto el *Sr. Guzmán* agrega que: "…sugiere sustituir las palabras patrimonio ambiental por medio ambiente". El *Sr. Evans* concuerda con la indicación anterior, porque la primera de las ideas básicas en que se funda Conicyt es que la Soberanía Nacional no sólo se ejerce cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico, sino también cuando se protege el medio ambiente y los recursos naturales.

---

[648] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 120 celebrada en 13 de mayo de 1975, disponible en la dirección electrónica; -se debe copiar y pegar la dirección electrónica si se quiere acceder a la página exacta-.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=3&codigo=Cap%EDtulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 2.

[649] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; página 8 y 9 documento pdf.
http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

El *Sr. Silva Bascuñan* agrega que "en esas condiciones ¿por qué no se dice la integridad territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental? El Sr. Diez consulta si realmente se trata de integridad territorial[650].

El *Sr. Evans, opina que sí pues la soberanía nacional no sólo se ejerce cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico. El Sr. Guzmán pregunta si la que se ejerce es la soberanía nacional*. El Sr. Evans responde que: "la soberanía nacional no sólo se ejerce cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico -lo que tradicionalmente se ha entendido por ejercicio de la soberanía nacional- *sino también cuando se protege el medio ambiente*".

El *Sr. Guzmán* expresa que "entiende el texto de Conicyt en el sentido de que se ejerce la soberanía nacional, por una parte cuando se cautela la integridad territorial del país; pero también se ejerce cuando se cautela el medio ambiente. Sin embargo, no asimila las dos cosas como sinónimas, sino que la manifiesta como dos expresiones, dos, por lo demás de entre muchas otras, porque también se ejerce la soberanía nacional cuando se dictan leyes sobre cualquier materia. De manera que son dos por vía de ejemplo; son dos materias sobre las cuales puede recaer el ejercicio de la soberanía nacional, para ser todavía más exactos". Agrega que: "no se sabe qué alcance preceptivo tiene ésta disposición. Pregunta al *Sr. Evans…si de él se tiene necesidad*".

El *Sr. Evans* señala que "a su juicio, el inciso tiene un alcance importante; el respaldo constitucional que eventualmente tiene el Estado de Chile para plantearse frente a organismos internacionales o frente a terceras potencias, si se estuviere realizando algún tipo de *experimento fuera del territorio nacional*, que pudiera repercutir en el medio ambiente o producir una contaminación.

---

[650] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; página 22 documento pdf. http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.

Por ejemplo, Chile estaría muy respaldado en su institucionalidad en el caso de una protesta a cualquier Estado por una *explosión nuclear en la atmósfera frente a sus costas*. Agrega más abajo que "le parece muy importante enseguida, la vinculación a la soberanía, porque considera que un experimento de la naturaleza señalada, *afecta al derecho soberano del Estado Chileno a mantener a su pueblo libre de contaminación…*"[651].

A continuación desarrollaremos un par de Tratados Internacionales que también aportan normas jurídicas para la protección de nuestro Estado ante un eventual paso inocente o libre navegación por sus aguas jurisdiccionales de una nave transportando desechos radiactivos.

13.7.4.- Convenio de Basilea y el Transporte de Desechos Radiactivos

Antes de referirnos a esta Convención, y en particular a los desechos radiactivos, debemos hacer un alcance en el sentido –como destaca Montenegro, Hervé y Durán- que el ámbito de aplicación general de este convenio –acotamos, a los desechos peligrosos y otros desechos- se cierra con la *exclusión de los desechos radiactivos* y de los desechos provenientes de las operaciones normales de los buques cuya descarga este regulada por otro instrumento internacional[652]. En este mismo sentido -se lee en la Revista Estudios 1991 a propósito del Convenio de Basilea- "*que los desechos radiactivos están sometidos a otros sistemas de control internacional*"[653].

[651] Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión Nº 186 celebrada en 9 de marzo de 1976, disponible en la dirección electrónica-se debe cortar y pegar la dirección anotada infra, si se quiere acceder a la página exacta-; página 23 del documento pdf. http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/fch_capitulo.asp?pagina=8&codigo=Capítulo%203,%20De%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20Constitucionales
Archivos de Capítulo 3, De los Derechos y Deberes Constitucionales; página 8.
[652] Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Durán M., Ob.Cit. en nota 162; página 274.
[653] Revista Estudios 1991, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, (1991) Santiago, Chile; página 61.

13.7.4.1.- Interpretación armónica entre la legislación de fuente interna y externa y de nuestra Carta Fundamental que permite aplicar el Convenio de Basilea a los desechos radiactivos

No obstante, una interpretación más restringida del artículo 1º del Convenio de Basilea, destaca supra, nosotros creemos que sí es aplicable la Convención de Basilea porque si analizamos lo que dispone su artículo 1º se leerá en el punto 3 “que los desechos que, por ser radiactivos estén sometidos *a otros sistemas de control internacional*, incluidos instrumentos internacionales que se apliquen específicamente a los materiales radiactivos, quedarán excluidos del ámbito del presente convenio”.

Entonces debemos preguntarnos cuales son los *otros sistemas de control, incluidos los instrumentos internacionales que se apliquen específicamente a los desechos radiactivos*, que ha incorporado nuestro ordenamiento jurídico y que impiden la aplicación del Convenio de Basilea.

13.7.4.2- Tratados Internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico que regulan en forma general o especial, materiales y/o sustancias nucleares

Al respecto podemos visualizar al menos 7 Tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico que se refieren a los materiales y/o desechos radiactivos, estos son; el Tratado Antártico de 1959, el Tratado de Tlatelolco de 1967, el Convenio de Londres de 1972, la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares de 1979, la Convención del Mar de 1982, el Convenio de Basilea de marzo de 1989 y el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva de septiembre de 1989.

Si ahora tenemos en cuenta, que se arguye para excluir al Convenio de Basilea de la regulación de los desechos radiactivos, la existencia de otros sistemas de control regulados en otros tratados internacionales incorporados por nuestro ordenamiento jurídico interno, entonces podríamos formularnos la siguiente pregunta, ¿que Tratados de los destacados supra, podrían estar regulando los movimientos transfronterizos de tales desechos? La respuesta nos arroja como conclusión, al menos los siguientes tratados internacionales; el Tratado Antártico, la Convención del Mar de 1982 y la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares.

13.7.4.3.- Tratados que se deben excluir de la regulación de los movimientos transfronterizos de desechos radiactivos:

1º.- Se excluyen la *Convención de Londres de 1972, y el Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la contaminación radiactiva,* por que estos instrumentos internacionales *no regulan los movimientos transfronterizos* de tales sustancias y desechos, si no que tiene como *objeto prohibir vertimientos y/o enterramientos* de tales desechos, pero en ningún caso tienen como objeto regular su Transporte Marítimo transfronterizo. Por tanto estos instrumentos internacionales y otros que regulan vertimientos, *no podemos concebirlos* como "otros sistemas de control de los movimientos transfroterizos".

2º El fin que persigue el Tratado de Tlatelolco es la proscripción del uso de armas nucleares en la zona[654]de aplicación del tratado, evitar que se puedan establecer bases nucleares o campos de prueba en América Latina o que se reciban de terceros armas nucleares. En consecuencia no podemos aplicar las normas de este Tratado para regular

[654] El mapa de la zona de aplicación del Tratado de Tlatelolco se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Tlatelolco/maptlatel-e.htm

la movilización transfronteriza de los desechos radiactivos, porque ninguna norma de este *notable tratado* se refiere a ello, *ni menos establece otros sistema de control*.

3º.- En relación con el Tratado Antártico podemos decir que en su artículo 5º dispone que se prohíbe *toda explosión nuclear y la eliminación de desechos radiactivos* en la región Antártica. Pero esta disposición no podría ser entendida como un sistema de control, *sino que sólo es una norma prohibitiva*, de la cual se deduce –aplicando el aforismo que a quien esta prohibido lo más con mayor razón le esta prohibido lo menos, ad maiori ad minus- que si esta prohibida la eliminación de los desechos radiactivos en la Zona Antártica *con mayor razón esta prohibida el transporte marítimo de tales desechos a esa región, para su eliminación*. Por tanto podemos concluir que este artículo del Tratado Antártico no lo podemos entender como *otro sistema de control de los movimientos transfroterizos.*

4º.- En relación con la Convención del Mar de 1982 podemos destacar que al menos 2 de sus artículos se refieren *expresamente* al transporte por buques de tales sustancias o desechos. Es así que el artículo 22 *permite al Estado ribereño establecer vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico marítimo*, en el evento que un buque que trasporta sustancias o materiales nucleares u otros intrínsicamente peligrosos o nocivos decide ejercer su derecho de paso inocente por el Mar Territorial, en ese caso deberá limitar su paso a las vías marítimas indicadas[655].

[655] Extraído del artículo 22 de la Convención del Mar referido a las vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico en el mar territorial. A continuación adjuntamos el artículo 22 para una mejor comprensión:
Artículo 22. Vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico en el mar territorial
1. El Estado ribereño podrá, cuando sea necesario habida cuenta de la seguridad de la navegación, exigir que los buques extranjeros que ejerzan el derecho de paso inocente a través de su mar territorial utilicen las vías marítimas y los dispositivos de separación del tráfico que ese Estado haya designado o prescrito para la regulación del paso de los buques.
2. En particular, el Estado ribereño podrá exigir que los buques cisterna, los de propulsión nuclear y los que transporten sustancias o materiales nucleares u otros intrínsecamente peligrosos o nocivos limiten su paso a esas vías marítimas.

Por otra parte el artículo 23 de la Convención del Mar de 1982 impone ciertas *obligaciones de manera genérica relacionadas con el porte de documentos y la observancias de medidas especiales de prevención* contenidas en Tratados Internacionales, cuando un buque que transporta sustancias nucleares u otras sustancias intrínsicamente peligrosas o nocivas decida ejercer el derecho de paso inocente por el Mar territorial de un Estado[656].

Creemos que lo que ha consagrado la Convención del Mar han sido disposiciones generales sobre la materia y que en ningún caso se las puede concebir como *otro sistema de control internacional sobre el Movimiento Transfronterizo* de tales materiales y/o desechos, por lo siguiente:

1.- Porque la Convención del Mar no regula la materia en cuestión, desde una óptica de los Movimientos Transfroterizos de desechos peligrosos, sino que lo hace desde un prisma del ejercicio del derecho a un paso inocente por el mar territorial de un Estado.

2.- Porque la Convención del Mar no establece *un sistema de control* de tales movimientos transfroterizos, sino que sólo establece una norma que exige que al pasar por el Mar territorial *se tengan a bordo los documentos y observar las medidas especiales de precaución* contenidas en los Tratados Internacionales respectivos.

Un sistema de control, implica un conjunto de normas coherentes y relacionadas unas con otras y que persiguen un mismo fin, en este caso, el control del movimiento transfronterizo, fin que no se refleja en la Convención del Mar ni menos establece un sistema de control -acotamos como el minucioso y detallado contenido en el Convenio de Basilea-, por tanto estas normas sólo deben ser concebidas dentro de uno de los

[656] Extraído del artículo 23 de la Convención del Mar de 1982. Se adjunta a continuación el artículo en comento.
Artículo 23. Buques extranjeros de propulsión nuclear y buques que transporten sustancias nucleares u otras sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas.
Al ejercer el derecho de paso inocente por el mar territorial, los buques extranjeros de propulsión nuclear y los buques que transporten sustancias nucleares u otras sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas deberán tener a bordo los documentos y observar las medidas especiales de precaución que para tales buques se hayan establecido en acuerdos internacionales.

objetivos generales que persigue esta Convención, cual es, la regulación de los espacios marítimos.

3.- No sería lógico entender que debemos excluir de la aplicación del Convenio de Basilea, el movimiento transfronterizos de desechos radiactivos y otras sustancias, para derivarlos a una la regulación más general de tales desechos, que son aún más peligrosos que aquellos que se considera que son abarcados por el Convenio de Basilea, *exigiéndose solo portar documentos y adoptar medidas de precaución*.

Esta conclusión además de ser absurda, atenta contra la vida, salud, seguridad de las personas y la conservación y preservación del equilibrio ecológico del medio ambiente marino.

4.- El Convenio de Basilea incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno en 1992, es un Tratado Internacional que *norma de manera específica* los movimientos transfronterizos, es un tratado bastante preciso sobre la materia; en cambio, la Convención del Mar, -en palabras de Duvauchelle- establece en lo fundamental, cuales son los espacios marítimos consagrados en forma explícita y universal en el derecho internacional marítimo y cual es la autoridad internacional que le corresponde organizar y controlar las actividades en la Zona, esto es, fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional[657], como también –destaca Farouk- reglamenta minuciosamente la protección y preservación del medio marino en su Parte XII, estableciendo una norma básica –el artículo 192- que sirve de fundamento para todos los deberes que impone esta Parte –Parte XII- en cuanto a que los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino[658].

[657] Mario Duvauchelle Rodríguez, Ob.Cit. en nota 624; página 31.
[658] Farouk Garfe Jarufe, Ob.Cit. en nota 168; página 645 y 647.

5º.- Finalmente nos encontramos con la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares[659], que es una Convención incorporada en octubre de 1994. Este Tratado Internacional se acuerda partiendo de la base del derecho de todos los Estados al desarrollo y empleo de la energía nuclear con fines pacíficos y su legítimo interés en los beneficios potenciales que pueden derivarse de tal uso, siendo necesario para ello facilitar la cooperación internacional en los usos pacíficos de éste tipo de energía[660].

Junto con lo anterior las Partes persiguen prevenir los peligros que puede plantear el uso o apoderamiento ilegal de materiales nucleares, para lo cual advierten que es necesario la cooperación internacional para establecer medidas efectivas para la protección física de los materiales nucleares, debiendo facilitarse la transferencia segura de ellos[661]. Esta Convención entiende por *materiales nucleares sólo* a los que expresamente establece en su artículo 1º, verbigracia, el plutonio o uranio enriquecido con las características expresadas en cada uno de estos elementos por el mismo artículo[662] y regula su trasporte internacional por cualquier medio, incluso el marítimo.

Al respecto se debe destacar que éste Tratado ha señalado expresamente lo que entiende por materiales nucleares, *distinguiéndolo de otras materias y de los desechos de tipo radiactivo.*

Es más, lo que entiende esta convención por materiales nucleares no comprende a los desechos radiactivos que conforme a nuestra legislación se ha entendido como

---

[659] La Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, fue suscrita en la ciudad de Viena, Austria en 1979, fue promulgada por el Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 1121 de 09/08/94, publicándose en el Diario Oficial el día 17 de octubre de 1994; y que en virtud de las atribuciones conferidas por las disposiciones constitucionales 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución Política de la República, conferidas al Presidente de la República *Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, ordena se cumpla y lleve a efecto como Ley, la presente Convención. El texto de la Convención se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani364.pdf

[660] Extraído del Protocolo del Convenio sobre Protección Física de los Materiales Nucleares.

[661] Extraído del Protocolo del Convenio sobre Protección Física de los Materiales Nucleares.

[662] El artículo 1º de la Convención sobre Protección Física de los Materiales Nucleares dispone que se para los efectos de la presente Convención:
a) Por materiales nucleares se entiende el plutonio, excepto aquel cuyo contenido en el isótopo plutonio-238 exceda del 80%; el uranio-233; el uranio enriquecido en los isótopos 235 o 233; el uranio que contenga la mezcla de isótopos presentes en su estado natural, pero no en forma de mineral o de residuos de mineral; y cualquier material que contenga uno o varios de los materiales citados;
b) Por uranio enriquecido en los isótopos 235 o 233 se entiende el uranio que contiene los isótopos 235 o 233, o ambos, en cantidad tal que la razón de abundancia entre la suma de estos isótopos y el isótopo 238 sea mayor que la razón entre el isótopo 235 y el isótopo 238 en el estado natural.

cualquier material radiactivo obtenido durante el proceso de producción o utilización de combustibles nucleares o cuya radiactividad se haya originado por la exposición a las radiaciones inherentes a dicho proceso, y los radioisótopos que habiendo alcanzado la etapa final de su elaboración y pudiendo ya ser utilizados con fines científicos, médicos, agrícolas, comerciales o industriales, sean desechados[663].

Si agregamos que el organismo internacional con más propiedad en esta materia, la *OIEA* entiende por desechos[664] (waste) aquellos materiales para los que no se prevé ningún uso posterior; y por desechos radiactivos[665] (waste radioactive)que para efectos legales y reglamentarios, pueden definirse como materiales que contienen radionucleidos, o están contaminados por ellos, en concentraciones o actividades superiores a los niveles de dispensa establecidos por el órgano regulador, *y para los cuales no se prevé ningún uso*. (Cabe señalar que esta definición solo tiene fines reglamentarios, y que los materiales con concentraciones de actividad iguales o menores que los niveles de dispensa son radiactivos desde el punto de vista físico, aunque se consideren insignificantes los riesgos radiológicos conexos.)[666].

Conforme a lo anterior podemos concluir que los movimientos Transfronterizos de *sustancias radiactivas*, en las que incluimos conforme a ley de seguridad nuclear a los desechos radiactivos, se encuentran regulados por el Convenio de Basilea, y solo los *materiales nucleares* indicados por la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares –acotamos que no contempla a los desechos- se regulan por sus normas.

---

[663] Artículo 3º de la ley de seguridad nuclear punto 7.
[664] El termino desecho (waste) fue extraído de este glosario de la OIEA disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1089s_web.pdf
[665] El término desechos radiactivo (waste radiactive) fue extraído de éste glosario disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub989s_scr.pdf
[666] Existe un glosario de terminos elaborado por el Organismo Internacional de Energía Atómica del año 2006 y que se encuentra en inglés en la siguiente dirección electrónica: http://www-ns.iaea.org/downloads/standards/glossary/glossary-english-version2point0-sept-06-12.pdf

Esta conclusión es coherente no sólo con los principios medioambientales, desarrollo sustentable, contamina paga, prevención, *el principio de la cuna a la tumba*, y otros de importancia, al hacer aplicable la Convención de Basilea y prohibir con ello el movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos como lo son los desechos radiactivos, obligando a los Estados a hacerse cargo de los desechos que originan en sus territorios, impidiendo su traslado a otro lugar que no sea el de su origen para su disposición final; sino que también se logra una interpretación finalista de los derechos esenciales reconocidos por nuestra Carta Fundamental, ya que se respeta, protege y garantiza derechos fundamentales como la vida, salud, vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entre otros que se pueden destacar, y que no hacen más que concretar aquellos valores –libertad, igualdad y en particular la dignidad humana- que gobiernan nuestras normas jurídicas y orientan la producción normativa como su interpretación por los órganos jurisdiccionales, *y que acogen a todos los principios del derecho internacional del medio ambiente y como no también, a los derechos de la solidaridad*.

13.7.4.4.- Convenio de Basilea y la regulación de los desechos radiactivos

Teniendo presente todo lo anteriormente expuesto y partiendo de la base que un par de normas no puede considerarse como otros sistemas internacionales de control, como también partiendo de la base que los otros sistemas de control dicen relación con *materiales nucleares* y *no regulan las sustancias radiactivas* en las que incluimos los desechos radiactivos, diremos que el Tratado Internacional incorporado por nuestro ordenamiento jurídico en 1992 que regula las sustancias radiactivas, incluida los desechos radiactivos, es la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.

Los materiales Nucleares se rigen por la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares incorporada en 1994, pero teniendo presente que existe toda una batería jurídica de fuente nacional e internacional por medio de la cual incluso se puede llegar a prohibir o impedir el paso inocente o la libertad de navegación, de los materiales radiactivos.

Así entonces, desarrollaremos brevemente los aspectos más importantes de ésta Convención en relación con los desechos radiactivos. En lo demás nos remitimos a lo expresado sobre este convenio en relación con la llamada *agenda química*.

El objeto del Convenio de Basilea es regular los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos, tratando de reducir al mínimo su generación, los peligros potenciales que representan tales movimientos transfronterizos, exigiendo eliminarlos, en la medida de sea compatible con un manejo ambientalmente racional y eficiente, *en el Estado en que se hayan generado- manifestación del principio del derecho ambiental de la cuna a la tumba-*.

Este Convenio junto con prohibir los movimientos transfronterizos destinados a la importación o exportación de desechos peligrosos, también *los controla y regula*. Entonces como otros Convenios Internacionales sobre la materia no controlan específicamente los movimientos transfronterizos de desechos radiactivos, al aplicar las normas del Convenio de Basilea, podemos concluir que nuestro país se ha *obligado internacionalmente a no exportar o importar este tipo de desechos peligrosos,* porque se lo prohíbe el mismo Estado Chileno y el Tratado de Basilea que se ha comprometido respetar.

Lo anterior se desprende de las obligaciones generales adoptadas por las Partes que se obligan a prohibir la exportación o importación de los desechos peligrosos *entre los Estados Partes*, como también se obligan a no exportar o importar éstos desechos a

ningún Estado que no sea Parte. Las Partes además, se obligan a *prohibir a todas las personas sometidas a su jurisdicción nacional el transporte o la eliminación de tales desechos*, a menos que estén autorizadas o habilitadas para realizar ese tipo de operaciones. Además no podemos dejar de destacar que nuestra legislación nacional considera peligrosos los desechos radiactivos.

Por ello la ley de seguridad nuclear los define expresamente y dispone su almacenamiento para proteger la vida, salud, bienes de las personas y el medio ambiente. Si este tipo de desechos no se considera peligroso entonces podríamos preguntarnos ¿Cuáles desechos deberían considerarse peligrosos? La respuesta es evidente y la conclusión categórica, por tanto, no es necesario ley expresa que lo establezca.

Es más, para el Convenio de Basilea el *Movimiento Transfronterizo*[667] *comprende* a todo movimiento de desechos peligrosos o de otros desechos procedente de una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado a la de otro Estado, o a través de ésta zona, o incluso a una zona o a través de ella, no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado, siempre que se afecte a dos Estados por lo menos.

En consecuencia lo que se entiende por movimiento transfronterizo además de ser un concepto bastante amplio, extiende la aplicación del Convenio de Basilea más allá de las aguas jurisdiccionales de nuestro Estado, es decir, más allá de la zona que nuestra legislación de fuente nacional denomina, el mar presencial.

Argumentos para impedir, suspender o prohibir el transporte marítimo de materiales nucleares por nuestras aguas jurisdiccionales

[667] El Convenio de Basilea en su artículo 2º punto 3 entiende por Movimiento Transfronterizo a todo movimiento de desechos peligrosos o de otros desechos procedente de una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado a una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado, o a través de esta zona, o a una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado, o a través de esta zona, siempre que el movimiento afecte a dos Estados por lo menos.

14.- Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras

14.1.- Aspectos generales

El Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras[668], *en adelante Protocolo de Paipa*[669], fue firmado por nuestro país el día 21 de septiembre de 1989 en Paipa, Colombia, e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno *el día 31 de agosto de 1995*. Fue suscrito a nivel regional a fin de proteger y preservar ecosistemas frágiles, vulnerables o de valor natural único y la fauna y flora amenazados por agotamiento y extinción, en áreas marinas y costeras, valorando racionalmente el equilibrio que debe existir entre la conservación y el desarrollo, que fluye cuando las naciones concretan los principios de derecho internacional del medio ambiente, y de entre ellos el principio de *desarrollo sustentable*.

Las Partes adoptan el presente Protocolo porque creen que *es necesario establecer áreas de protección*, verbigracia parques marinos, santuarios de fauna y flora y otras categorías de áreas protegidas. Un ejemplo de la concreción de *éste Protocolo*, como del *Convenio sobre Diversidad Biológica*[670] en nuestro país, *es el Parque Marino Francisco Coloane -que lleva el nombre del gran literato chileno amante de la naturaleza y del mar del sur indómito-* parque que consiste en un área específica y delimitada aproximadamente de 67 mil ha, destinadas a preservar unidades ecológicas

[668] El Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras fue suscrito por nuestro país el día 21 de septiembre de 1989, promulgado mediante Decreto Nº 827 de 27/06/95, publicado en el diario oficial el día 31 de agosto de 1995; y que en virtud de las facultades constitucionales conferidas en los preceptos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución Política de la República de Chile, el Presidente de la República, *Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, ordena se cumpla y se lleve a efecto como Ley, el presente Protocolo.

[669] El texto del Protocolo de Paipa para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp317.pdf

[670] Remisión expresa al *Convenio sobre Diversidad Biológica* en el considerando del Decreto Nº 276 de 05/08/03 del Ministerio de Defensa que declara área marina y costera para los fines que indica. Decreto disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.conama.cl/gefmarino/1307/articles-34339_recurso_1.pdf

de interés para la ciencia y cautelar áreas que aseguren la mantención y diversidad de especies hidrobiológicas.

Su importancia radica en que incluye sectores que son un *corredor biológico de la ballena jorobada y ocasionalmente de la ballena minke, zonas de alimentación de estos cetáceos, colonias de lobos marinos, e importantes zonas de nidificación del pingüino magallánico*. Otro ejemplo lo constituye el área marina y costera protegida entre *Punta Morro y desembocadura del río Copiapó, y terrenos de playa fiscales de la isla Chata chica e isla grande*[671]-[672]. Esta área es lugar de residencia permanente para poblaciones de especies en distintas categorías de conservación como el pato yunco, pingüino de Humboldt, chungungo *(Lontra felina)*, delfín nariz de botella, lobo marino y zorro chilla *(Pseudalopex griseus)*.

En ambas áreas protegidas es la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (*Directemar*), quién deberá adoptar las medidas necesarias para la fiscalización del área y el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los decretos mencionados al pie.

En definitiva el *Protocolo de Paipa*, como todo protocolo –que también es un tratado Internacional- son acuerdos que tienen por finalidad desarrollar y complementar aspectos más precisos de un tratado internacional anterior suscrito con el mismo fin, pero sin el nivel de detalle técnico característico de un anexo, desarrollo que por lo demás, es necesario para una mejor implementación, regulación y protección del *objeto* del tratado a complementar. A modo de ejemplo, el *Protocolo de Paipa* desarrolla

[671] Remisión expresa al *Convenio sobre Diversidad Biológica* en el considerando del Decreto Nº 360 de 09/12/04 del Ministerio de Defensa que declara área marina y costera para los fines que indica. Decreto disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.conama.cl/gefmarino/1307/articles-34338_recurso_1.pdf

[672] En el considerando del Decreto Nº 360 del Ministerio de Defensa se lee que: "el área materia de afectación, es representativa de *sistemas de importancia global y regional*, y contiene los hábitat característicos del sistema de surgencias costeras de la corriente de Humboldt y de los ambientes submareales e intermareales del norte de Chile. Además, comprende sistemas de Islas, promontorios rocosos, humedales, salinas costeras, costas rocosas expuestas, semi-expuestas y playas de arena que constituyen lugares de importancia para la conservación de la biota marina". "Que el conjunto de características geomorfológicas, oceanográficas y de hábitat del área en cuestión, le confieren carácter de generador de propágulos (larvas, esporas, estructuras reproductivas) para repoblar las áreas aledañas y mantener la diversidad y abundancia de las comunidades costeras, otorgándole un alto valor científico".

aspectos de *conservación y administración* de las áreas marinas y costeras, materia que se inserta dentro de la *protección general de las áreas marinas y costeras*, complementando de esta manera el Convenio para la Protección del Medio Marino y La Zona Costera del Pacífico Sudeste o *Convención de Lima*.

14.2.- Análisis normativo del Protocolo de Paipa para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras

El ámbito de aplicación *Protocolo de Paipa* es *más restringido* que el de la *Convención de Lima*, pues el ámbito del primero comprende una zona marítima de soberanía y jurisdicción hasta las 200 millas marinas, aplicada asimismo, a toda la plataforma continental cuando ésta sea extendida por las Altas Partes Contratantes más allá de sus 200 millas[673]. En cambio, la *Convención de Lima* comprende el mismo ámbito y más allá de dicha zona, *el alta mar hasta una distancia en que la contaminación de ésta pueda afectar a aquella*, lo que hemos denominado la *soberanía ambiental*, mientras que el *Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos* comprende el área del Pacífico Sudeste, dentro de la Zona Marítima de soberanía y jurisdicción, hasta las 200 millas de las Altas Partes Contratantes, *así como las aguas interiores hasta el límite de las aguas dulces*[674]. Estos Tratados Internacionales en conjunto, tienen un amplio ámbito de aplicación, abarcando desde las aguas interiores[675] -hasta el límite de las aguas dulces-

[673] Extraído del artículo 1º del Protocolo de Paipa, que regula el ámbito de aplicación del Tratado.

[674] *El límite de las aguas dulces será determinado por cada Estado Parte*, de acuerdo con los criterios técnicos o científicos pertinentes. Artículo I inciso 2º del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres.

[675] Diversas normas jurídicas -de origen interno y externo- se refieren a las *aguas interiores*, verbigracia, la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, de 29 de abril de 1958, en su Parte I sobre el Mar territorial, Sección II que regula la Extensión del Mar Territorial, artículo 5 dispone en su punto 1. que "*las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial se considerarán como aguas interiores*".
Por su parte, en el mismo sentido la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus Anexos, de diciembre de 1982; dispone en la Parte II el Mar Territorial y la Zona Contigua de la Sección 2. Límites del Mar Territorial, en su Artículo 8 sobre Aguas Interiores, punto 1. que: "salvo lo dispuesto en la Parte IV –regula los *Estados Archipelágicos*-, las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado.
El artículo 593 inciso 2º del Código Civil dispone que "las aguas situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, forman parte de las aguas interiores del Estado".

hasta una extensión geográfica que puede incluir *el Alta Mar, cuyo límite es una distancia en que la contaminación de ésta pueda afectar a aquella*.

Si bien estos instrumentos persiguen el mismo fin, la protección y preservación *medio marino y la zona costera del pacífico sudeste,* cada uno regula y protege materias distintas, pero conexas, así entonces el *Protocolo de Paipa* regula la protección y preservación de los *ecosistemas frágiles, vulnerables o de valor natural o cultural único*, con particular énfasis en la *flora y fauna amenazados* de agotamiento y extinción, realizando estudios orientados a la reconstrucción del medio o repoblamiento de fauna y flora en casos necesarios[676]; la *Convención de Lima regula la* protección y preservación el medio marino y la zona costera del Pacífico Sudeste *contra todos los tipos y fuentes de contaminación*, desarrollado y complementado por el *Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos*.

Para el logro de sus objetivos las Altas Partes se han *obligado a prohibir* toda actividad que pueda causar efectos adversos sobre el *ecosistema, fauna y flora* así como su *hábitat*, y a designar áreas protegidas, señalando al efecto los factores que se han tomado en cuenta para dicha determinación, como la importancia que revisten tales áreas desde el punto de vista científico, ecológico, económico, histórico, arqueológico, cultural, educativo, turístico, estético y otros[677].

Además las Altas Partes pueden *adoptar medidas* para prevenir, reducir y controlar la contaminación, *proveniente cualquier fuente y actividad*, disposición que complementa los demás tratados sobre contaminación marina que existen, al poder adoptar medidas

---

A su vez, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 292 de 1953, Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante dispone en su artículo 6º que "para los efectos mencionados en los artículos anteriores, *se considerará como jurisdicción de la Dirección* el mar que baña las costas de la República hasta una distancia de doce millas (cuatro leguas marinas) medidas desde la línea de la más baja marea, o la extensión de mar territorial que se fije en acuerdos internacionales a los que se adhiera el Gobierno de Chile si es superior a la aquí señalada; *las aguas interiores de golfos, bahías, estrechos y canales cualquiera que sea la distancia que exista entre sus costas; las playas, los roqueríos hasta donde alcanzan las más altas mareas; los lagos de dominio público, y los ríos navegables hasta donde alcanzan los efectos de las mareas*….".

[676] Extraído del artículo 2º del Protocolo de Paipa, que regula las obligaciones generales de las Altas Partes Contratantes.

[677] Extraído del artículo 2º y 3º del Protocolo de Paipa, que regula las obligaciones generales de las Altas Partes Contratantes y la información sobre las áreas protegidas, respectivamente.

destinadas a *prohibir el vertimiento* de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas *especialmente las de carácter persistente, procedentes de fuentes terrestres, incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe, desde la atmósfera o a través de ella*.

Además puede adoptar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques, el *manejo y transporte de sustancias peligrosas*; la introducción de especies de fauna y flora exóticas, incluyendo transplantes; y otras actividades susceptibles de producir deterioro ambiental[678], lo que le permite conectarse con el resto de la protección internacional del ambiente.

Sus normas podrán armonizarse y complementarse por ejemplo con el Convenio de Basilea (manejo y transporte de sustancias peligrosas); con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar -Convemar-, Convención de Lima, Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste y otros Tratados internacionales sobre contaminación marina (contaminación, *proveniente cualquier fuente y actividad*); con la Convención sobre Diversidad Biológica, Convención de Bonn o CMS, Convención de Washington, Protocolo especifico adicional al Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente, *sobre Conservación de la flora y fauna silvestre compartida entre chile y argentina*, Convención Ramsar, y otras afines (introducción de especies de fauna y flora exóticas, incluyendo transplantes).

Toda acción –por ejemplo cualquier actividad de tipo económico- que pueda generar *efectos adversos sobre las áreas protegidas*, deberá someterse a una evaluación de impacto ambiental[679], disposición que se debe relacionar con la ley 19300 sobre bases generales del medio ambiente, que ha establecido un procedimiento legal para estos

[678] Extraído del artículo 7º del Protocolo de Paipa.
[679] El artículo 8º del Protocolo de Paipa dispone a las Altas Partes Contratantes esta obligación de hacer, que consiste en "efectuar una evaluación de impacto ambiental".

efectos, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva.

Este instrumento de gestión ambiental[680]-[681] -sistema de evaluación de impacto ambiental- es privilegiado por ésta normativa internacional del medioambiente -Protocolo de Paipa-, privilegio por éste instrumento jurídico que importa una manifestación -y se pueden citar otras como señalar los principios de derecho ambiental o suplir al derecho nacional- de una de las funciones del derecho internacional público en materia de protección ambiental[682]. Se debe agregar al respecto que sin perjuicio de las facultades ambientales que la ley entrega a la Conama, existen atribuciones ambientales en la mayoría de los Ministerios que se ejercen, ya sea a través de las llamadas Unidades Ambientales, o bien de los Servicios Públicos con competencias ambientales, que demuestra que existe también una Institucionalidad Ambiental Sectorial. En consecuencia, servicios públicos como la Directemar, SHOA, dependientes del Ministerio de Defensa, colaborarán con Conama en especial, en apoyo

[680] El profesor Jorge Bermúdez Soto entiende por instrumento de gestión ambiental como "aquel conjunto de medidas de variado orden –jurídicas, económicas, planificadoras, etc.- destinadas al logro de finalidades de protección ambiental. La principal característica que reúnen los modernos instrumentos de gestión ambiental, es que estos deben responder al carácter general u omnicomprensivo que tienen la protección del entorno". Ejemplos de instrumentos de gestión ambiental en el reglamento ambiental para la acuicultura lo constituyen los planes de manejo de residuos, planes de contingencia, caracterización preliminar del sitio (CPS), la información ambiental y la mitigación forzosa.
Jorge Bermúdez Soto, *principios e instrumentos de gestión ambiental introducidos por el reglamento ambiental para la acuicultura*. Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 29 Nº 2 (2002) Santiago, Chile; página 430.

[681] La elección de instrumentos para la regulación ambiental se ha convertido en un tema de gran importancia para los encargados de las políticas medioambientales. La búsqueda de instrumentos eficientes ha motivado un renovado interés por el uso de incentivos económicos en la protección ambiental. Desde el punto de vista económico los criterios más importantes para la selección de instrumentos de gestión ambiental son la eficacia y la equidad. Además de los criterios económicos, existen consideraciones éticas, morales y otras, tan válidas como las anteriores. Los autores explican -a propósito de un sistema de evaluación de proyectos- que la asignación de recursos públicos de inversión en un país se basa en la evaluación social de los proyectos. A su vez, los privados utilizan la evaluación privada para decidir sobre la rentabilidad de sus inversiones. Una correcta gestión ambiental requiere estructurar un sistema que permita compatibilizar la evaluación económica de los proyectos con el impacto ambiental de los mismos.
Ricardo Katz, Gabriel del Fávero y Leonel Sierralta, *bases conceptuales y marco de referencia para la elaboración de políticas ambientales en América latina*. Estudios Públicos Nº 57 verano (1995) Santiago, Chile; páginas 187 y 188.

[682] En efecto, el derecho internacional del medio ambiente implica en ocasiones una opción y priorización entre los diversos instrumentos de protección ambiental, los que no siempre son compatibles, o que operan sólo de manera secuencial una vez agotados los anteriores. Por ejemplo la política ambiental no podría señalar como idea rectora la aplicación del principio de cooperación, y luego el legislador fijar una normativa marco sancionadora, como instrumento principal de protección ambiental. Ejemplos calaros de ésta función son la priorización que hace la Declaración de Río respecto del sistema de evaluación de impacto ambiental, como instrumento preventivo por antonomasia, o el Protocolo de Kioto respecto de los permisos de emisión transables.
Jorge Bermúdez Soto, *globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del derecho internacional del medio ambiente*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXV (2004) Valparaíso, Chile; página 54.

al proceso de evaluación de impacto ambiental, a fin de potenciar la capacidad de cada Ministerio de responsabilizarse de la gestión de su sector[683].

Si se suscita una controversia entre las Altas Partes Contratantes en relación con la interpretación, aplicación o cumplimiento del presente Protocolo, nada se estipula al respecto ni tampoco en la Convención de Lima o el Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste, por tanto se deben aplicar las normas generales que regulan esta materia a nivel regional, esto es, la Carta de la Organización de los Estados Americanos[684]-[685], que se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno desde septiembre de 1953, y que dispone que uno de los principios que reafirman los Estados Americanos a través de la Carta *es la solución por medio de procedimientos pacíficos las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos*[686]. Y los procedimientos pacíficos que propone la Carta de la OEA para la solución de las controversias son la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las Partes[687].

[683] Pedro Fernández Bitterlich, *Institucionalidad Ambiental en Chile*. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, vol. 9º suplemento Especial agosto (1998) Valdivia, Chile; pp. 35-42, disponible en la siguiente dirección electrónica: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100005&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-0950. La referencia corresponde a la página 4 si se copia el texto en formato Word.

[684] La Carta de la Organización de Estados Americanos fue suscrita en la ciudad de Bogotá, Colombia el día 30 de abril de 1948, promulgada mediante Decreto Nº 314 de 1953, publicada en el Diario Oficial el día 23 de septiembre de 1953, y que el Presidente de la República de la época *Sr. Carlos Ibáñez del Campo*, ordena llevar a efecto como ley de la República la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Texto de la Carta de la O.E.A. se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp657.pdf

[685] Texto actualizado de la Carta de la OEA suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html#ch5

[686] Carta de la OEA Capitulo II Principios, artículo 3 letra: i).

[687] Carta de la OEA Capitulo V Solución Pacífica de Controversias, artículo 25.

15.- Convención del Mar de 1982

Posteriormente, el día 10 de diciembre de 1982 nuestro país adoptó, en Montego Bay, Jamaica, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus Anexos[688], y más tarde, el Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de dicha Convención y su Anexo, ambos en adelante *Convemar*[689], que se encuentran incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, desde noviembre de 1997 y por tanto es norma aplicable.

La *Convemar*, parte definiendo en su artículo primero relativo a los *términos empleados y alcance*, lo que para los *efectos de ésta Convención* se entiende por contaminación marina [690] y por vertimiento[691], desarrollando más abajo -entre los artículos 192 a 237, Parte XII, denominada *protección y preservación del medio marino*- la contaminación marina. En éste sentido los Estados tomarán, *individual o conjuntamente* según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para *prevenir, reducir y controlar* la contaminación del medio marino *procedente de cualquier fuente*, ya sea que ésta provenga de la evacuación de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas desde fuentes *terrestres*, desde la *atmósfera* o a través de ella, por *vertimiento*, provocada por *buques*, procedente *de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración o explotación de los recursos naturales de los fondos*

[688] Con fecha 10 de diciembre de 1982 se adoptó, en Montego Bay, Jamaica, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus anexos, y que con fecha 28 de julio de 1994 se adoptó en Nueva York, Estados Unidos de América, el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[689] *La Convemar y sus anexos* fue promulgada por el decreto N° 1393 del Ministerio de Relaciones Exteriores el día 28/08/97, publicado en el Diario Oficial el día 18 de noviembre de 1997 y que en virtud de la facultad del Presidente de la República *Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle* conferidas por las disposiciones constitucionales 32 N° 17 y 50 N° 1, *se ordena que ésta Convención se cumpla y se lleve a efecto como ley*. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_uli224.pdf

[690] El artículo 1 punto 1 N° 4 de la *Convemar* entiende por *contaminación del medio marino* la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua de mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.

[691] El artículo 1 punto 1 N° 5 letra a) de la *Convemar* entiende por vertimiento i) La evacuación deliberada de desechos u otras materias desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar; ii) El hundimiento deliberado de buques, aeronaves, plataforma u otras construcciones en el mar; y agrega en la letra b) que el término vertimiento no comprende: i) La evacuación de desechos u otras materias resultante, directa o indirectamente, de las operaciones normales de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar y de su equipo, salvo los desechos u otras materias que se transporten en buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar destinados a la evacuación de tales materias, o se transborden a ellos, o que resulten del tratamiento de tales desechos u otras materias en esos buques, aeronaves, plataformas o construcciones. ii) El depósito de materias para fines distintos de su mera evacuación, siempre que ese depósito no sea contrario a los objetivos de esta Convención.

marinos y su subsuelo o de otras instalaciones y dispositivos que funcionen en el medio marino. Además garantizarán que las actividades bajo su jurisdicción o control no ocasionen contaminación transfronteriza o se extiendan más allá de la zona donde ejercen derechos de soberanía. Entre las medidas que se tomen de conformidad con esta Parte, figurarán las necesarias para proteger y preservar los *ecosistemas raros o vulnerables*, así como el *hábitat* de las especies y otras formas de vida marina, diezmadas, amenazadas o en peligro[692]. Las Partes al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, asumen el deber que *ni directa ni indirectamente*, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro[693].

Los Estados dictarán leyes y reglamentos para *prevenir, reducir y controlar* la contaminación del medio marino *procedente de fuentes terrestres* -incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe[694]-, *por vertimiento*[695], como aquella causada por los buques[696] respecto de los cuales los estados ribereños *podrán dictar en sus zonas económicas exclusivas las leyes y reglamentos pertinentes*, aquella resultante directa o indirectamente de las actividades relativas *a los fondos marinos* y de las islas artificiales, instalaciones y estructuras *sujetas a su jurisdicción*[697]o la *resultante de las actividades en la Zona*[698], como aquellas que se realicen por *buques* o *desde instalaciones, estructuras y otros dispositivos que enarbolen su pabellón*, estén inscritos en su registro u operen bajo su autoridad, según sea el caso[699].

[692] Palabras tomadas del artículo 194 de la Convemar.
[693] Artículo 195 de la Convemar.
[694] Parte del artículo 207 de la Convemar.
[695] Extraído del artículo 210 de la Convemar.
[696] Extraído del artículo 211 de la Convemar.
[697] Parte del artículo 208 de la Convemar.
[698] Conforme al artículo 1 de la Convemar se entiende por *Zona*, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo *fuera de los límites de la jurisdicción nacional*. Agregamos que este espacio y sus recursos son, de conformidad con la convención, *patrimonio común de la humanidad*, y por tanto, ningún Estado puede reivindicar parte del mismo o de sus recursos. La convención dispone que las actividades en la *Zona* se realizarán en beneficio de toda la humanidad, y que se distribuirán equitativamente los dividendos financieros y económicos derivados de las mismas.
[699] Extraído del artículo 209 de la Convemar.

Además para prevenir, reducir y controlar la contaminación desde la atmósfera o a través de ella, los Estados dictarán leyes y reglamentos *aplicables al espacio aéreo bajo su soberanía* y a los buques que enarbolen su pabellón o estén matriculados en su territorio y a las aeronaves matriculadas en su territorio, teniendo en cuenta la seguridad de la navegación aérea[700].

Todas éstas leyes y reglamentos mencionadas más arriba, se deben dictar teniendo en cuenta las *reglas y estándares internacionales en la materia,* así como las *prácticas y procedimientos* recomendados y que se hayan *convenido internacionalmente*; leyes y reglamentos que por lo demás *no serán menos eficaces* que éstos.

Si surgen controversias entre las Partes, relativas a la interpretación o aplicación de la *Convemar*, se han establecido en su *sección XV sobre solución de controversias,* los mecanismos para superarlas, eso sí que se debe tener en cuenta, que nuestro país al depositar los instrumentos de ratificación del tratado, lo hizo con la siguiente declaración; la República de Chile acepta en *orden de preferencia,* los siguientes medios para la solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención; el *Tribunal Internacional del Derecho del Mar* constituido de conformidad con el Anexo VI; o en su defecto un *Tribunal Arbitral Especial*, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para las categorías de controversias que en él se especifican, relativas a pesquerías, *protección y preservación del medio marino,* investigación científica marina y navegación, incluida la *contaminación causada por buques y por vertimiento*.

[700] Extraído del artículo 212 de la Convemar.

16.- Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente o Protocolo de Madrid

Posteriormente se *incorpora* en febrero de 1998, el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente[701], en adelante *Protocolo de Madrid,* suscrito el día 4 de octubre de 1991 en Madrid, España. Este Protocolo establece los principios ambientales, los procedimientos y las obligaciones para la protección en su conjunto del medio ambiente tanto de la Antártica, como de sus ecosistemas dependientes y asociados. Designa a la Antártica como una *reserva natural dedicada a la paz y la ciencia,* la reafirma como área de conservación especial y de observación científica e investigación de procesos únicos, de importancia global y regional y destaca que las Partes acuerdan este Protocolo, convencidos que el desarrollo de un sistema global de protección del medio ambiente de la Antártica y de los ecosistemas dependientes y asociados, *interesa a la humanidad en su conjunto*.

Se debe tener en cuenta que el *Protocolo de Madrid* no modifica ni enmienda al Tratado Antártico[702], sino que sólo tiene por objeto complementarlo, entendiéndoselo parte de él y nada en el presente Protocolo afectará a los derechos y obligaciones de las Partes, derivados de los otros instrumentos internacionales en vigor dentro del sistema del Tratado Antártico.

Además, en él se *prohíbe* todo tipo de actividades relacionadas con los recursos minerales y dispone que los anexos a éste Protocolo, constituyen parte integrante del mismo[703]. Así en el *Anexo I* se establece un sistema de *evaluación del impacto sobre el*

[701] El *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente* fue promulgado por Decreto N° 396 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 03/04/95, publicándose en el Diario Oficial el día 18 de febrero de 1998, y que en virtud de la facultad del Presidente de la República de la época Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle conferidas por las disposiciones constitucionales 32 Nº 17 y 50 Nº 1 de la Constitución Política de la República, se ordena cumplir y llevarse a efecto como ley, el presente Protocolo. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_uli205.pdf
[702] Artículo 4 del *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.*
[703] Extraído de los artículos 7 y 9 del *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.*

medio ambiente que no se aplica en las situaciones de emergencia descritas en él [704]. El *Anexo II* contiene disposiciones relativas a la *conservación de la fauna y flora antárticas*, como aquella que prohíbe la introducción de ninguna especie animal o vegetal *que no sea autóctona*. Además, en lo que dice relación con otros acuerdos fuera del Sistema del Tratado Antártico, ninguna disposición de éste Anexo afectará a los derechos y obligaciones de las Partes derivados de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de Ballenas[705], encargándose de aclarar éste *Anexo*, que se refiere a la Convención celebrada en Washington el 2 de diciembre de 1946.

El *Anexo III* se preocupa de la *eliminación y tratamiento de residuos*, estableciendo como una obligación general, que en la mayor medida posible, los residuos removidos del área del Tratado Antártico serán devueltos al país desde donde se organizaron las actividades que los generaron. Éste *Anexo* regula diversas formas de *eliminación de residuos, ya sea mediante su remoción del área del Tratado Antártico*[706]*, o bien por medio de la incineración u otros tipos de eliminación de residuos en tierra, así como la eliminación de residuos en el mar*[707]. Finalmente éste *Anexo III* concluye con una enumeración de productos que están prohibidos[708].

[704] Extraído del artículo 7 del Anexo I del *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente*, que dispone que el *Anexo I* no se aplica en situaciones de emergencia relacionadas con la seguridad de la vida humana o de buques, aeronaves o equipos e instalaciones de alto valor o con la protección del medio ambiente.
[705] Extraído del artículo 7 del *Anexo II* del *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente*.
[706] Remoción del área del Tratado Antártico de materiales radiactivos, baterías eléctricas, combustibles líquidos como sólidos, los residuos que contengan niveles peligrosos de metales pesados o compuestos persistentes altamente tóxicos o nocivos, entre otros, todo lo anterior, extraído del artículo 2 del *Anexo III del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente*.
[707] *Se permite descargar las aguas residuales y los residuos líquidos domésticos directamente en el mar*, tomando en consideración la capacidad de asimilación del medio marino receptor y siempre que:
(a) dicha descarga se realice, si es posible, allí donde existan condiciones para su dilución inicial y su rápida dispersión y;
(b) las grandes cantidades de tales residuos (originados en una estación donde la ocupación semanal media durante el verano austral sea aproximadamente de 30 personas o más) sean tratadas, como mínimo, *por maceración*. Extraído del artículo 5 *Anexo III del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente*.
[708] Conforme al artículo 7 del *Anexo III del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente*, no se introducirán en el área del Tratado Antártico, ni en tierra, ni en las plataformas de hielo, ni en el agua, difenilos policlorurados (PCB), tierra no estéril, gránulos o virutas de poliestireno u otras formas similares de embalaje, o pesticidas (aparte de aquéllos que sean necesarios para fines científicos, médicos o higiénicos).

Por su parte el *Anexo IV* sobre *prevención de la contaminación marina,* junto con definir ciertos términos como *descarga*[709], basuras, *sustancia nociva líquida*[710], *hidrocarburos petrolíferos*[711], *mezcla petrolífera*[712] y otros, se encarga de establecer una serie de prohibiciones relacionadas con cualquier descarga al mar de hidrocarburos petrolíferos o mezclas petrolíferas, excepto en los casos autorizados por el *Anexo I del MARPOL 73/78*. Además prohíbe no sólo la descarga en el mar de cualquier sustancia nociva líquida, sino también, la de cualquier otra sustancia química o de otras sustancias, en cantidades o concentraciones perjudiciales para el medio marino. La eliminación de basuras al mar, como cualquier material plástico u otro tipo de basura, incluidos los productos de papel, trapos, vidrios, metales, botellas, loza doméstica, ceniza de incineración, material de estiba, envoltorios y material de embalaje, está prohibida.

Las Partes suprimirán toda descarga en el mar de aguas residuales[713] *sin tratar*, dentro de las 12 millas náuticas de tierra o de las plataformas de hielo, y más allá de esa distancia las aguas residuales almacenadas en un depósito, no se descargarán instantáneamente, sino a un régimen moderado, navegando a una velocidad no menor de cuatro nudos. Finalmente se debe recordar que éste Anexo se aplica con respecto a cada Parte, a los buques con derecho a enarbolar su pabellón y a cualquier otro buque que participe en sus operaciones antárticas o las apoye mientras opere en el área del Tratado Antártico.[714] Con respecto a aquellas Partes que también lo son del *MARPOL*

[709] La letra a) del artículo 1 del Anexo IV del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, entiende por descarga, cualquier fuga procedente de un buque y comprende todo tipo de escape, evacuación, derrame, fuga, achique, emisión o vaciamiento.
[710] La letra d) del artículo 1 del Anexo IV del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente entiende por sustancia nociva líquida, toda sustancia nociva líquida definida en el *Anexo II de MARPOL 73/78*.
[711] La letra e) del artículo 1 del Anexo IV del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, entiende por hidrocarburos petrolíferos, el petróleo en todas sus manifestaciones, incluidos los crudos de petróleo, el fuel-oil, los fangos, residuos petrolíferos y los productos de refino (distintos de los de tipo petroquímico que están sujetos a las disposiciones del Artículo 4);
[712] La letra f) del artículo 1 del Anexo IV del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, entiende por mezcla petrolífera, cualquier mezcla que contenga hidrocarburos petrolíferos.
[713] Se entenderá por aguas residuales la definición del Anexo IV de MARPOL 73/78.
[714] Extraído de los artículos 2, 3, 4, 5, y 6 del Anexo IV del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.

73/78, nada en este Anexo afectará a los derechos y obligaciones específicos de él derivados[715].

Agregaremos que también encontramos en las diversas regulaciones que contempla el *Sistema Antártico*, entre ellas las *Recomendaciones*, normas relativas a la prevención de la contaminación marina que también se aplican y deben ser observadas por las actividades gubernamentales como a las no gubernamentales realizadas en la zona del Tratado Antártico.

De ésta manera se pretende asegurar que las actividades humanas, inclusiva el turismo, no produzcan, impactos adversos en el medio ambiente antártico ni en sus valores científicos y estéticos. En así como, verbigracia, podemos citar la *Recomendación XVIII-1* de 1994 al Tratado Antártico[716], adoptada en Kyoto, Japón. Tal recomendación que forma parte del Sistema Antártico, al regular una serie de actividades en la zona antártica, relacionadas principalmente con el turismo, se preocupó de establecer que los organizadores y operadores de las actividades turísticas y no gubernamentales, deben cumplir en su totalidad con los reglamentos y leyes nacionales que implementen el *Sistema del Tratado Antártico*, además de las regulaciones y leyes nacionales que implementen los acuerdos internacionales sobre la protección, contaminación y seguridad del medio ambiente relacionada con la zona del Tratado Antártico. Así entonces ésta *Recomendación* contiene una *Guía para los visitantes a la Antártica que en su letra E* y en lo relacionado con la contaminación dispone que para *mantener*

[715] Artículo 14 del Anexo IV del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.

[716] Las Recomendaciones, Resoluciones, Medidas y Decisiones adoptadas en la XVI, XVII, XVIII (Reunión Consultiva, realizada en Kioto, Japón, entre el 11 y el 22 de abril de 1994), XIX y XX Reuniones Consultivas de las Partes en el Tratado Antártico fueron promulgadas por Decreto N° 583 de 24/04/97, publicándose en el Diario Oficial el día 8 de agosto de 1997, y que en virtud de la facultad del Presidente de la República *Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle* conferidas por las normas constitucionales 32 Nº 17 y 50 Nº 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República y de la ley Nº 18.158 publicada el 9 de septiembre de 1982, que establece las normas sobre publicación de los Tratados Internacionales *que sean de gran extensión*, se ordena cumplir y llevarse a efecto como ley de la República. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_uli56.pdf

limpia la Antártica no se debe interferir ni contaminar lagos y cursos de agua y que cualquier material a desechar a borde de un buque debe eliminarse de manera apropiada.

Además contiene también una *Guía para aquellos que organicen y conduzcan actividades turísticas y no gubernamentales en la Antártica* que exige ciertas *obligaciones claves para los organizadores y operadores* que se traducen en proveer una respuesta eficaz a las emergencias ambientales, especialmente con respecto a la contaminación marina e impedir la eliminación y emisión de desechos prohibidos.

En ésta misma Guía *se regulan ciertos procedimientos a seguir por los organizadores y operadores que conforme a la letra A, al planificar una excursión a la antártica se debe* entregar información para contribuir a la elaboración de planes de respuesta a cualquier contingencia de conformidad con el artículo 15 del *Protocolo de Madrid*, planes para el manejo de desechos de conformidad con el anexo III del mismo protocolo y planes de contingencia para la contaminación marina de conformidad a su anexo IV.

Conforme a la *letra B de ésta Guía, durante su permanencia en la zona del tratado antártico* se deben eliminar los materiales desechables de acuerdo con los anexos III y IV del *Protocolo de Madrid*. En estos anexos se *prohíbe*, entre otras cosas, la eliminación de plástico, aceite y sustancias nocivas en la zona del tratado antártico, se debe controlar las descargas de aguas servidas y desechos de combustibles, y exigir que la mayoría de los desechos sean removidos del área.

17.- Convenio de Rotterdam o Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional y sus Anexos

17.1.- Aspectos generales y análisis de su preámbulo

Luego nuestro país adopta el Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional y sus Anexos[717], en adelante *Convenio de Rotterdam*, suscrito 10 de septiembre de 1998 en Rotterdam, Holanda, incorporándose a nuestro ordenamiento interno, *en mayo de 2005*.

Las Partes[718] suscriben el *Convenio de Rotterdam* con el mismo fin que en los demás Tratados ambientales que integran la *Agenda Química* (agenda mencionada infra), y que por cierto también persiguen los demás tratados ambientales en general, es decir, proteger la *vida y salud, humana y del medio ambiente*. Para lograr éste objetivo deciden adoptar una serie de medidas relativas a controlar principalmente *ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos* objeto de comercio internacional, *exportados o importados por las Partes, facilitando el intercambio de información* acerca de sus características y si se encuentran debidamente *envasados y etiquetados* conforme con los principios establecidos en las *Directrices de Londres* en su forma enmendada y el *Código de Conducta Internacional de la Fao*. Otras medidas que se obligan a adoptar son aquellas relativas a *fortalecer la capacidad nacional para el*

[717] El Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional y sus Anexos fue promulgado mediante Decreto N° 37 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 02/03/05, publicándose en el Diario Oficial el día 19 de mayo de 2005, y que en virtud de la facultad del Presidente de la República Sr. *Ricardo Lagos Escobar*, conferida por las normas constitucionales 32 Nº 17 y 50 Nº 1 de la Constitución Política de la República, se ordena cumplir y llevarse a efecto como Ley, el presente Tratado. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_vally111.pdf

[718] Por *Parte* se entiende un Estado u organización de integración económica regional que haya consentido en someterse a las obligaciones establecidas en el presente Convenio y en los que el Convenio esté en vigor. Por *organización de integración económica regional*, se entiende una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencias en asuntos regulados por el presente Convenio y que haya sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o adherirse a él. Artículo 2 del *Convenio de Rotterdam*.

manejo de los productos químicos, inclusive mediante la transferencia de tecnologías, la prestación de asistencia financiera y técnica y el fomento de la cooperación entre ellas, sobre todo en aquellos países en desarrollo y los países con economías en transición, como los del Este de Europa[719].

En definitiva, la finalidad del *Convenio de Rotterdam*, es promover la *responsabilidad compartida* y los esfuerzos conjuntos de las partes en el ámbito del comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos para proteger la salud humana y el medio ambiente, facilitando el intercambio de información sobre sus características y estableciendo un proceso nacional de adopción de decisiones de importación y exportación[720].

Las partes se encuentran concientes que los efectos de ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos, han sido en particular, evidentemente perjudiciales en la salud de los consumidores, trabajadores -entre nos, especialmente los temporeros- y el medio ambiente.[721]

17.2.- Análisis normativo del Convenio de Rotterdam

El Tratado en estudio, comienza definiendo una serie de términos que se aplicarán a efectos de ésta Convención, como los productos químicos[722], productos químicos prohibidos[723], productos químicos rigurosamente restringidos[724], formulación

[719] Texto redactado teniendo como base el Preámbulo del *Convenio de Rotterdam*.
[720] Raúl F. Campusano Droguett, *el convenio de Estocolmo y su efecto en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXIII, Valparaíso, Chile (2002), pág. 410.
[721] Extraído del Preámbulo del Convenio de Rotterdam.
[722] El articulo 2 de la *Convención de Rotterdam*, entiende por *producto químico*; toda sustancia, sola o en forma de mezcla o preparación, ya sea fabricada u obtenida de la naturaleza, *excluidos los organismos vivos*. Ello comprende las siguientes categorías: *plaguicida* (incluidas las formulaciones plaguicidas extremadamente peligrosas) y *producto químico industrial*.
[723] El articulo 2 de la *Convención de Rotterdam*, entiende por *producto químico prohibido*; aquél cuyos usos dentro de una o más categorías han sido prohibidos en su totalidad, en virtud de una medida reglamentaria firme, con objeto de proteger la salud humana o el medio ambiente. Ello incluye los productos químicos cuya aprobación para primer uso haya sido denegada o que las industrias hayan retirado del mercado interior o de ulterior consideración en el proceso de aprobación nacional *cuando haya pruebas claras de que esa medida se haya adoptado con objeto de proteger la salud humana o el medio ambiente*.
[724] Por *producto químico rigurosamente restringido*; se entiende todo aquél cuyos usos dentro de una o más categorías hayan sido prohibidos prácticamente en su totalidad, en virtud de una medida reglamentaria firme, con objeto de proteger la salud humana o el medio ambiente, pero del que se sigan autorizando algunos usos específicos. Ello incluye los productos químicos cuya aprobación para prácticamente cualquier uso haya sido denegada o que las industrias hayan retirado del mercado interior o de ulterior consideración en el proceso de aprobación nacional cuando haya pruebas claras de que esa medida se haya adoptado con objeto de proteger la salud humana o el medio ambiente. Artículo 2 de la *Convención de Rotterdam*.

plaguicida extremadamente peligrosa[725], entre otros términos señalados. *Su ámbito de aplicación* abarca a los *productos químicos prohibidos o rigurosamente restringidos y las formulaciones plaguicidas extremadamente peligrosas*, no aplicándose entre otros, a los *materiales radiactivos, desechos*, productos químicos en cantidades que sea improbable afecten a la salud humana o el medio ambiente, siempre que se importen con fines de investigación o análisis, o por un particular, para su uso personal en cantidades razonables para ese uso[726].

Conforme a los objetivos del Convenio, cada parte *facilitará el intercambio de información científica, técnica, económica y jurídica* relativa a los productos químicos incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, incluida *información toxicológica, ecotoxicológica y sobre seguridad,* como asimismo, *la transmisión de información de dominio público* sobre medidas reglamentarias nacionales relacionadas con los objetivos del presente Convenio. Las Partes que *intercambien información* en virtud del presente Convenio *protegerán la información confidencial*[727] *según hayan acordado mutuamente*[728].

17.2.1.- Alcance del artículo 9º del Convenio a propósito de la información confidencial

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con esto último, sin antes hacer un alcance al respecto, porque el *Convenio de Estocolmo* que también forma Parte de la

[725] Por *formulación plaguicida extremadamente peligrosa*, se entiende todo producto químico formulado para su uso como plaguicida que *produzca efectos graves para la salud o el medio ambiente observables en un período de tiempo corto tras exposición simple o múltiple, en sus condiciones de uso*. Artículo 2 de la *Convención de Rotterdam.*

[726] También se excluyen conforme al artículo 3 de la *Convención de Rotterdam*; los alimentos, productos químicos utilizados como aditivos alimentarios, productos farmacéuticos incluidos los medicamentos humanos y veterinarios, estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, y las armas químicas.

[727] Conforme al artículo 14 del *Convenio de Rotterdam*, a los efectos del presente Convenio *no se considerará confidencial la siguiente información*: la información a que se hace referencia en los *Anexos I y IV*, presentada de conformidad con los artículos 5 y 6, respectivamente; la información que figura en la hoja de datos de seguridad a que se hace referencia en el párrafo 4 del artículo 13; la fecha de caducidad del producto químico; la información sobre medidas de precaución, incluidas la clasificación de los peligros, la naturaleza del riesgo y las advertencias de seguridad pertinentes; y el resumen de los resultados de los ensayos toxicológicos y ecotoxicológicos. La fecha de producción no se considerará normalmente confidencial a los efectos del presente Convenio.

[728] Artículo 14 del Convenio de Rotterdam a propósito del intercambio de información.

denominada *Agenda Química*, expresamente señala en su artículo 9 que "a los fines del presente Convenio, la información sobre la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente *no se considerará confidencial*.

Las Partes que intercambien otro tipo de información de conformidad con éste Convenio, protegerán toda información confidencial en la forma que se convenga mutuamente".

Creemos que el *Convenio de Estocolmo*, suscrito 3 años más tarde, vino a corregir la falta de precisión en que incurrió el *Convenio de Rotterdam*, y por tanto el intérprete debe darle ese alcance, es decir, lo que no se debe comprender en la *información confidencial*, entendiéndola como *aquella información ajena a la salud y seguridad humanas y del medio ambiente*.

Estimamos que esa interpretación es más coherente no sólo con el objeto que persigue el Tratado de *Rotterdam -la protección de la vida y salud, del ser humano y del medio ambiente-*y de los demás Tratados Internacionales Ambientales que regulan y previenen la *contaminación química*, sino que además creemos que es una interpretación más armónica con el fin que persiguen los demás Tratados sobre Derechos Humanos que limitan el ejercicio de nuestra la soberanía; y más armónica también con una interpretación *sistemática y finalista* que se le debe dar a nuestra Carta Fundamental, ya que sólo respetando los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se desarrolla el fin que persigue el Estado, que es el bien común de todos y cada uno de los integrantes de nuestra República.

17.2.2.- Interpretación del termino información confidencial comprendiendo a la información sobre la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente

Ahora en el caso que el intérprete considere que la *información confidencial a que se refiere el Convenio de Rotterdam,* alcanza o comprende también a la información sobre la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente, *nos coloca en un problema jurídico complejo*, ya que en ese evento se podría producir una colusión entre un Tratado Internacional sobre el Medio Ambiente que para nosotros tiene las características *suficientes*[729] para ser considerado Tratado sobre Derechos Humanos - tienen características especiales que los diferencian de todo otro tipo de tratados, como lo ha señalado la *Corte Internacional de Justicia*, en ellos los Estados contratantes *no tienen intereses propios*, tienen solamente todos y cada uno de ellos, *un interés común*, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención.

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con los Estados, *sino hacia los individuos bajo su dirección.* No son tratados multilaterales de tipo tradicional concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados Contratantes. *Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independiente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes*- ; con nuestra *Carta Fundamental*.

En ese caso la solución a la posible colusión, la buscaremos tratando que mediante una interpretación amplia, sistemática y finalista no se vulnere por una parte los derechos esenciales que reconoce y garantiza nuestra Carta Fundamental y por otra se mantengan

[729] Humberto Nogueira Alcalá, *los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, Santiago, Chile (1996), pág. 357 y 358.
Humberto Nogueira Alcalá, *los derechos humanos en el derecho constitucional y su relación con el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución Chilena*. Cuadernos de Análisis Jurídico, Dogmática Constitucional y Derechos Humanos, Serie Seminarios N° 27, Universidad Diego Portales Santiago, Chile, junio (1993), pág. 61 y 62.

incólume, los principios de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda* y *Buena Fe* que se debe observar en el cumplimiento de todo tratado internacional incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Así entonces, trataremos de proporcionar las bases de una solución que creemos es más *coherente, ambiental y humana* para éste tipo de colusiones jurídicas.

17.2.3.- Caso hipotético

Los *hijos nacidos* de temporeras demandan de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual a la Empresa Agrícola Frutox, por las evidentes malformaciones genéticas con las que todos ellos han nacido. Alegan que durante el período de gestación, sus madres fueron expuestas a nocivos plaguicidas que no sólo las contaminaron a ellas, sino que tales efectos contaminantes se traspasaron a ellos a través de la piel de sus madres. Argumentan que tales plaguicidas fueron utilizados sobre todo a primeras horas de la mañana, al ser aplicados en las plantaciones frutícolas objeto de faenas de recolección en la que estaban participando sus madres, como trabajadoras temporeras, sin que la empresa haya tomado las mínimas medidas de prevención.

Para demostrar tal daño, es esencial saber si cierto tipo de información sobre un plaguicida aplicado por le empresa y que se encuentra regulado por el *Convenio de Rotterdam y* enumerado en su *Anexo III*, es confidencial o no. Para saber esta relevante información, los demandantes -hijos de las trabajadoras temporeras- solicitan informe al *Servicio Agrícola Ganadero* sobre el producto químico en cuestión, informe que se envía omitiendo datos de importancia relacionados con la salud y seguridad humanas y del medio ambiente, basados en que éstos datos son confidenciales conforme a *Convenio de Rotterdam*.

El Tribunal que conoce de este juicio ordinario de mayor cuantía, resuelve no dar lugar a la demanda, principalmente porque no se ha probado el daño que se imputa a la Empresa agrícola. Los demandantes apelan a la sentencia de primera instancia, pues están convencidos que no probaron el daño porque el informe omitió datos de importancia al considerar como información confidencial aquella relativa a la salud y seguridad humanas y del medio ambiente. Durante la segunda instancia, deciden promover conforme al artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental un juicio incidental de inconstitucionalidad del *Tratado de Rotterdam*, en el punto que se refiere *a la información confidencial*.

17.2.4.- Sentencia del Tribunal Constitucional

Santiago, veintinueve de febrero de dos mil seis.
VISTOS:

Con fecha 21 de agosto de 2005, Mónica Fernández A. y otros en representación de sus hijos individualizados más abajo, formularon un requerimiento, para que se declare la inaplicabilidad del Punto 2 del artículo 14 del *Convenio de Rotterdam* por adolecer esta norma de vicios de inconstitucionalidad, en el recurso radicado ante la Corte de Apelaciones de Chillán, Fernández y otros con Agrícola Frutox, Rol N° 123-05, en el cual se pretende aplicar la disposición impugnada. Con fecha 26 de Octubre de 2005 la Primera Sala del Tribunal Constitucional declaró admisible el requerimiento, ya que constaba que la causa se encontraban pendiente ante la Corte de Apelaciones de Chillán; que el precepto legal impugnado podía resultar decisivo en las gestiones indicadas y que la acción se encontraba razonablemente fundada, todo lo cual permitió establecer que se había dado cumplimiento a los *requisitos* establecidos en el *artículo*

93 inciso decimoprimero de la Constitución. El Tribunal suspendió el procedimiento y dio curso progresivo a los autos.

Señala la requirente que aquella parte del Tratado vulnera nuestra Carta Fundamental por *atentar contra derechos esenciales consagrados en ella*, como lo son, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, derecho que se debe relacionar con la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. También se vulneran *los derechos contenidos* en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados e incorporados en nuestro ordenamiento interno, que por lo demás, *forman parte de la Constitución material*, limitando el ejercicio de la soberanía, como las prerrogativas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos o en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Agregan que lo particular de ésta situación, es que el *principio ambiental de acceso a la información* orienta la aplicación de ésta normativa hacia lo que precisamente pretende proteger éste Tratado, la vida y salud humana y ambiental, principio del derecho internacional del medio ambiente que por lo demás es totalmente coherente no sólo con los derechos fundamentales a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, sino también con los valores positivados libertad y dignidad humana, del cual emanan, por lo que en virtud de una disposición del *Tratado de Rotterdam* no se los puede restringir o limitar.

Además argumentan que si se le da una interpretación amplia al término información confidencial, traerá como consecuencia que sea más importante para un Estado velar y amparar dicha información que proteger la vida y salud humana y ambiental, se limitará el principio de la participación ciudadana en el acceso a la información, y aquello tan

confidencial que los Estados en el ejercicio de la soberanía han decidido extraer del conocimiento público, afectará el derecho humano a expresarse.

Con fecha 7 de diciembre de 2005, la empresa agrícola Frutox efectuó sus *observaciones*.

Indica que aquella parte del Tratado, respecto del cual se solicita el pronunciamiento del Tribunal es constitucional, no afectándose ningún derecho esencial que la Carta Fundamental reconoce ni menos algún precepto de ella. Argumenta que se debe velar porque no se infrinja los principios de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda y Buena Fe*, que son considerados normas del *ius cogens internacional*, indisponibles para las Partes conforme a los artículos pertinentes de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, normas que también deben considerarse integradas en el artículo 5 inciso segundo de la ley fundamental. Alega que los Estados al suscribir el *Convenio de Rotterdam*, acordaron que cierta información sería confidencial, quedando el contenido de ella entregada a lo que las Partes estimen pertinente, inclusa aquella información relativa a la salud y seguridad humana y ambiental. Arguyen que el tratado se *presume constitucional* ya que superó el control facultativo del Tribunal Constitucional dispuesto por la Carta Fundamental, no siendo posible un control represivo de él, ya que para que no se aplique un Tratado en nuestro país es necesario que sea *denunciado*. Finalmente señala que el artículo 93 N° 6 fue consagrado para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que resulte contraria a la Constitución, lo que no es aplicable a los Tratados Internacionales ya que no son preceptos legales sino que tienen una jerarquía superior.

Con fecha 12 de diciembre de 2005, se trajeron los autos en relación y se realizaron los alegatos de ambas partes.

Considerando:

I. Problema de Constitucionalidad que se plantea.

Primero: Que, conforme ha quedado descrito el libelo en la parte expositiva, para resolver el conflicto de constitucionalidad planteado, corresponde dilucidar a esta Magistratura si la aplicación del artículo 14 del *Convenio de Rotterdam* resulta contrario a la Constitución.

Más específicamente, si la referida aplicación resulta contraria a ciertos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos y garantizados por nuestra Carta Fundamental.

II. Control represivo de los Tratados Internacionales

Segundo: Que la doctrina en ésta materia ha entendido que un Tratado no puede ser objeto de un *control represivo de constitucionalidad* a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tanto porque existe un deber de coherencia del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales; cuanto porque el control represivo de constitucionalidad *busca enjuiciar la validez del precepto legal en su aplicación* al caso particular, *lo que es imposible en relación al Tratado*, ya que no depende la validez de su contenido de la norma constitucional, pues el órgano de control interno sólo puede pronunciarse sobre la validez de su incorporación al derecho interno, vale decir la corrección jurídica de la actuación de los órganos estatales que han manifestado el consentimiento internacional del Estado y es por ello que el control preventivo desarrollado por el Tribunal Constitucional tiene un carácter Fundamental, por lo que es una mala técnica constitucional establecer sólo un control facultativo de constitucionalidad de las Convenciones Internacionales; dicho control debería ser obligatorio[730]. La Constitución no es causa de validez del Tratado internacional, pero sí

[730] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 345.

condición de su aplicabilidad[731]. El Código Político sólo es norma superior de las normas internacionales en la medida que estas últimas reciben de la Carta Fundamental su condición de norma aplicable[732].

Tercero: Que de una interpretación sistemática y finalista del conjunto de los artículos 54 N° 1 y 93 N° 1 y 3 de la Constitución, se desprende claramente la voluntad del constituyente de respetar integralmente los principios y reglas del derecho internacional, por tanto el control de constitucionalidad de los tratados internacionales *sólo puede realizarse preventivamente* de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Fundamental. *Toda otra perspectiva, implica violar abierta y flagrantemente la obligación que el Estado Chileno ha asumido de cumplir de buena fe el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de no poner obstáculos de derecho interno al cumplimento de las obligaciones internacionales libremente aceptadas por el Estado, como asimismo, el propio artículo 50 N° 1 de la Constitución.

III. Precepto legal y los Tratados Internacionales.

Cuarto: Que el término precepto legal contenido en el artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental, *no comprende a los Tratados Internacionales* tanto por lo expuesto en el considerando anterior, cuanto porque el artículo 54 N° 1 refiriéndose a las atribuciones del Congreso dispone que la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, *y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley*.

Quinto: Que conforme con el considerando anterior se manifiesta claramente que la reforma Constitucional *diferenció al Tratado de una ley*, y si agregamos lo que dispone el párrafo quinto del artículo 54 "*las disposiciones de un Tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o*

[731] Idem.; página 343.
[732] Ibidem.

de acuerdo a las normas generales de derecho internacional", *se pone fin a la equivalencia* que algunos que, para algunos existía *entre la ley y el Tratado*, ya que en lo sucesivo, una ley posterior no podrá derogar, modificar o suspenderlas disposiciones de un Tratado, puesto que éste tiene supremacía sobre la ley [733].

Sexto: Que los Tratados no son preceptos legales, como bien lo determina y diferencia el artículo 93 N° 3 y en Derecho Constitucional, las diferencias de términos deben ser interpretadas siempre dándoles un sentido útil, de lo contrario no se habrían establecido[734].

IV. Principio *Pacta Sunt Servanda y Buena Fe* y el *artículo 5 inciso 2° de la Constitución*.

Séptimo: Que conforme al artículo 54 párrafo quinto de nuestra ley Fundamental, a que hace referencia el considerando anterior, interpretado en conjunto con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, manifestación por lo demás del principio *Pacta Sunt Servanda*, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; saltará a la vista que un Tratado internacional es una norma de mayor relevancia, resolviéndose el tema de la desafortunada y confusa discusión sobre la jerarquía de los Tratados y sobre si una ley posterior podía derogar a una anterior[735].

Octavo: Que si bien ningún Estado esta obligado a celebrar Tratados Internacionales, pero si libre y soberanamente decide concluirlos, no podrá después intentar justificar su incumplimiento amparándose en que una norma de su derecho interno no le permite dar cumplimiento al Tratado[736].

---

[733] La Constitución Reformada de 2005, Ob.Cit. en nota 309; artículo de Hugo Llanos Mansilla, *los tratados y la reforma constitucional*, página 375.
[734] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 345.
[735] Raúl F. Campusano Droguett, *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005*. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, N° 13 Santiago, Chile, Enero (2006); página 26 y 29.
[736] Idem.; página 30.

Noveno: Que ante una eventual situación de inconstitucionalidad de un tratado incorporado al derecho interno y vigente, como la que se esgrime, sólo queda el camino de la *denuncia* del Tratado ajustado al derecho internacional, tal como lo determina el artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental[737].

Décimo: Que los Convenios o Tratados Internacionales deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del derecho internacional y de buena fe -principio Pacta Sunt Servanda y Buena Fe- regla de derecho internacional que se considera ius cogens, y además derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[738].

Decimoprimero: Que si se interpreta lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo con los principios de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda y Buena Fe* considerados normas del *ius cogens internacional*, indisponibles para las Partes conforme a los artículos pertinentes de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, deben considerarse estas normas integradas en el artículo 5 inciso segundo de la ley Fundamental, por tanto limitan el ejercicio de la soberanía del Estado.

Decimosegundo: Que conforme a lo expresado en los considerandos anteriores *el Convenio de Rotterdam es Constitucional en todos y cada una de sus partes, y debe cumplirse lo pactado*.

V. Alcance del término información confidencial, Derechos Fundamentales y Tratados Internacionales

Decimotercero: Que no obstante lo anterior *no impide a éste Tribunal precisar el alcance del término información confidencial* a fin de lograr una interpretación armónica y coherente con el deber que fluye en cumplimiento del mandato general

[737] La Constitución Reformada de 2005, Ob.Cit. en nota 309; artículo de Humberto Nogueira Alcalá, *aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados Constitucionales*, página 394.
[738] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página.350.

dispuesto en el artículo 6 de la Carta Fundamental, esto es, el deber de todos los órganos del Estado someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, debiendo éste Tribunal por este mandato general y uno específico dispuesto en los artículos 93 y siguientes de la Constitución, protegerla y velar por su supremacía al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

Decimocuarto: Que a juicio de éste Tribunal como el *Tratado de Rotterdam* no define información confidencial ni lo que se comprende en ella, debe contrastarse no sólo éste Tratado con los Tratados Ambientales sobre la materia y los demás Tratados Internacionales sobre el Medio Ambiente aplicables en nuestro país, sino también con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico nacional y con los derechos esenciales reconocidos por el Estado y amparados por nuestra Ley Fundamental que se puedan ver afectados o infringidos con el alcance que se le de a éste término.

Decimoquinto: Que se arriba a la conclusión que el término información confidencial no comprende información alguna sobre la salud y seguridad humana y del medio ambiente.

Decimosexto: Que ésta Magistratura para concluir lo dispuesto en el considerando anterior contrastó el *Tratado de Rotterdam* con el *Convenio de Estocolmo,* convenio que en su artículo 9 punto 5, *no considera confidencial* a la información relativa sobre salud y seguridad humana y ambiental.

Decimoséptimo: Que la interpretación anterior permite al Tribunal armonizar el Convenio de Rotterdam con su objeto y con el de los demás Tratados Ambientales incorporados a nuestro ordenamiento interno, objeto que consiste tanto en la protección del medio ambiente como de la vida y salud de los seres humanos.

Decimoctavo: Que el Tribunal estima que una interpretación amplia del artículo 14 punto 2 del Convenio de Rotterdam-inclusa información sobre la salud y seguridad humana y del medio ambiente-, podría infringir o afectar los derechos contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos que a su vez forman parte del contenido material de la Constitución y que por lo tanto limitan el ejercicio de nuestra soberanía conforme al artículo 5 inciso segundo de la norma suprema.

Decimonoveno: Que conforme al considerando anterior una interpretación amplia infringiría el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* en su artículo 2 que dispone que cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, *los derechos reconocidos en el presente Pacto* sin distinción alguna; el artículo 5 que declara que *ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de* leyes, *convenciones*, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no les reconoce o los reconoce en menor grado; el artículo 6 que señala que el derecho a la vida es inherente a la persona humana; el artículo 19 que declara qué toda persona tiene derecho a la libertad de expresión -este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección-.

Vigésimo: Que el Tribunal estima que también se afectaría la *Convención Americana de Derechos Humanos* que consagra en su artículo 1º la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella; el artículo 4º que declara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del *momento de la concepción*; el artículo 5º que consagra que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y *moral*; el artículo 11º que proclama que toda persona tiene derecho al respecto de su honra *y al reconocimiento de su dignidad*; el artículo 13º que dispone que toda persona *tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión*. Este derecho *comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras*, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección; y el artículo 32º sobre correlación entre deberes y derechos, declara que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Vigésimo primero: Que celebrar un tratado internacional constituye un ejercicio de la soberanía, por las autoridades que establece la Constitución, la que limita tanto la potestad constituyente como legislativa posterior; y en algunos casos implica emprender un camino sin retorno, al comprometerse con normas irreversibles, como son las referentes al aseguramiento de los derechos esenciales[739].

Vigésimo segundo: Que teniendo en cuenta el considerando anterior, se afectarían además los siguientes derechos esenciales como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona derecho a la vida, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, y los

[739] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 349.

artículo 1°, 5° inciso segundo, 6° y 8° inciso segundo, todos ellos contenidos en el *Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad.*

Vigésimo tercero: Que es deber de éste Tribunal cumplir con su único objeto y fin de existencia, *velar* por la *Supremacía de la Carta Fundamental*, protegiéndola de infracciones de sus normas subordinadas, resguardándola de vulneraciones y de las posibles que se verifiquen en el futuro, mediante una interpretación sistemática y finalista de ella.

Vigésimo cuarto: Que conforme con el considerando anterior deberá velar porque no se infrinjan las Bases de la Institucionalidad en particular su artículo 5 inciso segundo, y con ello éste Tribunal también velará por el respeto de los principios Pacta sunt Servanda y Buena Fe que también se encuentran presentes en los demás Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos e incorporados por nuestro país, principios y derechos contenidos en ellos que por lo demás limitan el ejercicio de la soberanía y por tanto del Tribunal Constitucional al momento de fallar.

Vigésimo quinto: Que, en consecuencia, la aplicación del artículo 14 punto 2 del *Convenio de Rotterdam*, ni tampoco parte alguna de éste Convenio, en cuanto se le invoca, viola por si mismo la Carta Fundamental ni el principio de supremacía constitucional contenido en ella;

Y vistos, lo dispuesto en los artículos 1°, 5º, 6º, 7° y 8º, 19 Nºs. 1, 8, 12 y 93 Nº 6 e inciso decimoprimero y lo previsto en los artículos 26 a 33 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y demás normas ya citadas,

Se declara que se rechaza, en todas sus partes, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de autos.

Se previene que los Ministros de éste Tribunal Constitucional acuerdan por unanimidad, el siguiente *alcance* al artículo 14 punto 2 del Convenio de Rotterdam

para efectos de adecuar su interpretación a nuestra Carta Fundamental y de la de los demás Tratados Internacionales incorporados al ordenamiento jurídico que podrían verse afectados y con ello también la Constitución que es nuestro deber tutelar.

Alcance: La información sobre la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente no se considerará confidencial. Este es el alcance que le deben dar los demás órganos del Estado al interpretar el artículo 14 punto 2 del *Convenio de Rotterdam*.

17.2.5.- Comentario sobre la solución a que se arriba en la Sentencia del Tribunal Constitucional

Se ha arribado a esta solución en la sentencia expresada más arriba, ya que, es del caso recordar, que incorporado un tratado en materia de derechos humanos, conforme al artículo 5 inciso segundo *los derechos naturales contenidos en él* se *incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material*, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales. Respetar los tratados, *establece el deber* de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos del Estado, como asimismo por todas las *personas que actúen dentro del ámbito jurisdiccional del Estado*. Esta obligación es de *carácter erga omnes*, exigible incondicionalmente a todos los agentes y órganos del Estado[740].

Esta obligación de respeto, no sólo deriva del artículo 5 de la Constitución, sino que también de los mismos Tratados Internacionales, entre estos, del artículo 1° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos[741] y podemos agregar el artículo 2° del Pacto Internacional de

[740]Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 352.
[741] Idem.; página 353.

Derechos Civiles y Políticos; artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1° y 2° del Protocolo de San Salvador.

Por otra parte, el *tratado* en materia de derechos humanos aparece mucho más vinculado al carácter universal de los derechos humanos y permite por esa vía armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los Tratados, que representan el *avance de la conciencia y de la cultura humana*. Ello *no significa* que los tratados de derechos humanos quedan fuera del control de constitucionalidad sino que el criterio de dicho control debe tener como principio rector el asegurar y mejorar la protección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común que es la finalidad de la actuación del Estado[742]. Así un tratado en materia de derechos humanos sólo puede ser declarado inconstitucional *–control preventivo-* por atentar o menoscabar la esencia de los derechos, *ya al introducir* un nuevo derecho se puede transgredir en su esencia un derecho originario o previamente incorporado; *por deteriorar* los *derechos ya incorporados* a la Constitución, *o por desconocer o menoscabar las garantías constitucionales de los derechos asegurados constitucionalmente*[743]. Por tanto, si un Tratado Internacional supera el *control obligatorio* dispuesto en el artículo 93 N° 1 en el caso el caso de Tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional; o bien supera el *control facultativo* dispuesto en el artículo 93 N° 3, esto es, en caso que surjan cuestiones sobre la constitucionalidad de los Tratados sometidos a la aprobación del Congreso, siendo facultativo tal control porque el Tribunal Constitucional conoce del asunto a iniciativa de los órganos legitimados para ello, antes de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del Tratado por el Congreso Nacional y en caso alguno después del quinto día del despacho

[742] Idem.; página 355.
[743] Ibidem.

de dicha comunicación[744]; o si este Tratado es incorporado, sin haber sido requerido el control facultativo del Tribunal Constitucional, *y no obstante presumirse constitucionales estos tratados internacionales, y no proceder un control represivo de los tratados internacionales, -siguiendo en esta parte al profesor Nogueira-*, ello *no es obstáculo para que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca del alcance de la interpretación de un Tratado que si podría afectar los derechos esenciales*, atribución que emanaría de su deber general de resguardar la supremacía constitucional conforme al artículo 6 de la Carta Fundamental, y en ejercicio de ésta atribución junto con resguardar la supremacía de una norma sobre otra, protegerá el tesoro más preciado de un ser humano y de su pueblo al que pertenece; *sus valores, principios y derechos esenciales.*

Conforme a lo anterior, los órganos jurisdiccionales *y no sólo el Tribunal Constitucional*, a través de un proceso hermenéutico *sistemático y finalista,* velarán no sólo por amparar y proteger los derechos esenciales consagrados en la Carta Fundamental, derechos que por cierto que no los crea ni establece el Estado, sino que emanan directamente de la naturaleza humana, pertenecen al hombre por el sólo hecho de ser persona, y por tanto tales derechos tienen las características de ser universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles, no se pueden enumerar taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos; en consecuencia el constituyente, sólo se limita a reconocer tales derechos y a garantizarlos[745]; sino también velarán por qué se mantenga incólume los principios de derecho internacional, *pacta sunt servanda y buena fe* que por cierto son *normas de ius*

[744] La Constitución Reformada de 2005, Ob.Cit. en nota 309; artículo de Humberto Nogueira Alcalá, *aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados Constitucionales*, página 392.
[745] Humberto Nogueira Alcalá, Ob.Cit. en nota 161; página 351 y 352.

cogens. Y esto se logrará mediante una interpretación que *no contravenga ni el objeto del Tratado ni tampoco lo pactado en él*.

En materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su *fin último*, esto es, la *protección de los derechos de la persona humana, valor y principio fundamental y clave esencial para la interpretación de todo nuestro ordenamiento constitucional*, como también lo establece la Carta Fundamental en sus artículos 1°, 5° inciso segundo y 19 N° 26, en una *interpretación sistemática y finalista*. La interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional respecto de los derechos asegurados por los convenios o tratados internacionales incorporados en nuestro ordenamiento jurídico[746].

Hay así toda una estructura de principios y valores que coordinados con el objeto y fin de los tratados de derecho humanitario -convenciones de ginebra de 1949 y protocolos complementarios- y los principios y tratados de derecho internacional de los derechos humanos -Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos y convenciones posteriores complementarias- deben cumplirse de buena fe. Ello implica que los *silencios*, los *implícitos*, y el *amplio arsenal axiológico* que los *nutre*, tienen un sentido de vigor aplicativo, directo e inmediato en el ordenamiento jurídico, atribuyéndole toda su fuerza y valor normativo[747].

En una interpretación *pro-derechos humanos*, órgano jurisdiccional limitado por el ejercicio de la soberanía *al momento de fallar* y por tanto impedido de atentar contra los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, *recurrirá a otros tratados sobre derechos humanos -como lo son también los tratados ambientales-* suscritos e

[746] Idem.; página 358.
[747] Eduardo García de Enterría, *la Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Citado por Humberto Nogueira Alcalá, *los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, Santiago, Chile (1996), pág. 360.

incorporados por nuestro país, verbigracia, la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, *Pactos* que por lo demás consagran todas y cada una de los derechos proclamados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, declaración que como ya hemos destacado, desarrolla en especial *el valor dignidad humana*, valor que se encuentra positivado en nuestra Carta Fundamental en las *Bases de la Institucionalidad*, bases que limitan el ejercicio de la soberanía por resguardar los derechos esenciales de la naturaleza humana, *como el derecho a medio ambiente libre de contaminación*; y recurrirá a estos tratados sobre derechos humanos y por cierto también a los derechos fundamentales reconocidos por el Estado, para que al ser contrastado con aquella parte del Tratado sobre derechos humanos que ocasiona la contradicción o que pudiera ocasionarla, surja una interpretación más armónica con una integral y cabal protección de los derechos humanos, por tanto el intérprete velará no para que prevalezca la Carta Fundamental sobre un Tratado de Derechos Humanos, sino para que prevalezca la cordura y humanidad de proteger y resguardar la dignidad humana y los demás valores positivados, presentes y recogidos en la Carta Fundamental y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, porque a sí lo ha querido el constituyente originario, porque es mandato de la soberanía nacional.

Es así entonces, que el intérprete hilvanará una interpretación armónica y acorde con el Capítulo I de la Bases de la Institucionalidad, en especial sus artículos 1°, 4°, 5°, 6° y 7° y con el Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales, en particular sus artículos 19°, 20° y 21°; todos de nuestra Carta Fundamental y si no obstante lo anterior el intérprete no pueda dilucidar una interpretación sistemática y finalista, en ese caso preferirá aquella interpretación que potencie y privilegie a aquellos derechos esenciales que permitan la *existencia y viabilidad biológica de las personas, considerando para*

ello especialmente aquellos derechos que se benefician o potencian recíprocamente -como se expreso supra-, *formando una alianza que garantiza la supervivencia humana y planetaria*, como es el caso de aquella verdadera *simbiosis jurídica* que se verifica a consecuencia de la contaminación, entre los derechos a la vida, vivir en un medio ambiente libre de contaminación, salud y otros como verbigracia, la libertad de emitir opinión e información.

Ahora, si surgen controversias *entre las Partes Contratantes*, el *Convenio de Rotterdam* ha dispuesto que se resolverá toda controversia sobre la interpretación o la aplicación del Convenio mediante negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección[748], pero debemos destacar una *limitación* en cuanto a su interpretación, que el *propio Convenio establece* en su *Preámbulo* y en el artículo 15, esto es, que *nada de lo dispuesto* en el presente Convenio *se interpretará en forma que restrinja el derecho de las Partes a tomar*, para proteger la salud humana y el medio ambiente, *medidas más estrictas que las establecidas en el presente Convenio*, siempre que sean compatibles con las disposiciones del Convenio y conformes con el derecho internacional, y tampoco nada de lo dispuesto en el presente Convenio debe interpretarse de forma que implique modificación alguna de los derechos y obligaciones de una Parte en virtud de cualquier acuerdo internacional existente aplicable a los productos químicos objeto de comercio internacional o a la protección del medio ambiente, *en el entendimiento de que lo expuesto más arriba no tiene por objeto crear una jerarquía entre el presente Convenio y otros acuerdos internacionales.*

[748] Lo que no es obstáculo para que la Parte al tiempo de ratificar, aceptar, aprobar, adherirse a ésta Convención, *o en cualquier momento posterior, declare* que en lo que respecta a cualquier controversia sobre la interpretación o la aplicación del Convenio, reconoce como obligatorios *en relación con cualquier Parte que acepte la misma obligación*, uno o los dos siguientes medios para la solución de controversias; el arbitraje o la Corte Internacional de Justicia. Artículo 20 del Convenio de Rotterdam.

17.3.- Anexos del Convenio de Rotterdam

Debemos agregar que éste Convenio consta de 5 Anexos, que establecen exigencias de información *que debe adjuntarse* en caso de las notificaciones de las partes acerca de la adopción de una medida reglamentaria firme, o en el caso que se verifique una exportación; *de criterios que deben tenerse en cuenta para la inclusión* de productos químicos prohibidos o rigurosamente restringidos, o para la *inclusión de formulaciones plaguicidas extremadamente peligrosas,* contemplando en su *Anexo III*, *una enumeración de productos químicos sujetos al procedimiento de consentimiento fundamentado previo*.

Es así entonces que el *Anexo I* precisa la información que ha de adjuntarse a las notificaciones[749] hechas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 sobre los procedimientos relativos a los productos químicos prohibidos o rigurosamente restringidos. En consecuencia las notificaciones contendrán las *propiedades, identificación y usos* de los productos químicos a los que se aplica el Convenio, como el nombre común del producto químico o las propiedades físico-químicas, toxicológicas y ecotoxicológicas, entre otras exigencias, debiendo señalar además *la medida reglamentaria firme*[750]*que se adoptó,* más un resumen de ella y de los riesgos y peligros que el producto químico presenta para la salud humana, como también se indicarán los motivos para la adopción de tal medida relacionados con la salud humana,

[749] Las notificaciones a que se refiere el artículo 5 del Convenio de Rotterdam son aquellas enviadas por las Partes la Secretaria del Convenio, avisando de la adopción de una *medida reglamentaria firme*. El artículo habla de notificaciones porque se exige a la Secretaría que comunique estas medidas adoptadas por la Partes al *Comité de Examen de Productos Químicos*, cuando haya recibido al menos una notificación de cada una de las dos regiones de consentimiento fundamentado previo, acerca de un producto químico que le conste cumple los requisitos estipulados en el Anexo I. El *Comité de Examen de Productos Químicos* examinará la información facilitada en esas notificaciones y, con arreglo a los criterios establecidos en el anexo II, *formulará una recomendación* a la Conferencia de las Partes sobre si ese producto químico debe quedar sujeto al procedimiento de consentimiento fundamento previo y, por consiguiente, incluirse en el Anexo III.

[750] Por *medida reglamentaria firme*, se entiende toda medida para prohibir o restringir rigurosamente un producto químico adoptada por una Parte que no requiera la adopción de ulteriores medidas reglamentarias por esa Parte. Artículo 2 del *Convenio de Rotterdam.*

incluida *la salud de los consumidores y los trabajadores, o en medio ambiente*, entre otros requisitos que se deben indicar.

El *Anexo II* trata *de los criterios para la inclusión* de productos químicos prohibidos o rigurosamente restringidos en el *Anexo III*, criterios que serán aplicados por un órgano subsidiario de la Conferencia de Partes denominado, *Comité de Examen de Productos Químicos*, integrado por un número limitado de expertos en el manejo de productos químicos, designados por los gobiernos para que desempeñen las funciones que se le asignan en el presente Convenio. A este respecto, éste órgano tiene entre sus atribuciones, *determinar si la medida reglamentaria firme se ha adoptado con el fin de proteger la salud humana o el medio ambiente*, debiendo tener en cuenta por mandato de éste Convenio, que *el uso indebido intencional no constituye de por sí razón suficiente para incluir un producto químico en el anexo III*.

En el *Anexo III* se enumeran los productos químicos *sujetos al procedimiento de consentimiento fundamentado previo*; entre otros como, Aldrina, Dieldrina, Clordano, DDT, Heptacloro, Hexaclorobenceno, Lindano, Bifenilos Polibromados (PBB), Bifenilos policlorados (PCB), Terfenilos Policlorados (PCT).

En el Anexo IV se indica la *información y criterio para la inclusión de formulaciones plaguicidas extremadamente peligrosas en el Anexo III*, debiéndose señalar en consecuencia la *documentación que habrá de proporcionar* una Parte proponente, como el nombre de la formulación plaguicida peligrosa, nombre del ingrediente o los ingredientes activos en la formulación, cantidad relativa de cada ingrediente activo en la formulación, y otras más que se destacan en el Anexo respectivo. Estas exigencias de la parte 1 del *Anexo IV* están orientadas a cualquier Parte que sea *un país en desarrollo o un país con economía en transición* y experimente problemas causados por una formulación plaguicida extremadamente peligrosa, Parte que por lo demás, *podrá*

basarse en los conocimientos técnicos de cualquier fuente pertinente. En éste sentido, los *países desarrollados* que sean Partes en ésta Convención *cooperarán* en la promoción de la asistencia técnica para el desarrollo de la infraestructura y la capacidad necesaria para el manejo de los productos químicos a efectos de la aplicación del presente Convenio[751].

La parte 2 de éste Anexo, dispone que la Secretaría recopilará información relacionada con las propiedades fisicoquímicas, toxicológicas y ecotoxicológicas de la formulación o la existencia de restricciones a la manipulación o aplicación en otros Estados, entre varias que se exigen.

En la parte 3 del Anexo mencionado, se señalan los *criterios* para la inclusión de formulaciones plaguicidas extremadamente peligrosas en el *Anexo III*, *en caso* que el Comité de Examen de Productos Químicos *decida formular una Recomendación* a la Conferencia de las Partes sobre si una formulación plaguicida extremadamente peligrosa debe quedar sujeta al procedimiento de consentimiento fundamentado previo y, por consiguiente, incluirse en el *Anexo III*. Para ello, debe tener en cuenta entre otros criterios, la existencia de restricciones a la manipulación o aplicación que entrañen el uso de tecnologías o técnicas que no puedan aplicarse razonablemente o con la suficiente difusión en Estados que carezcan de la infraestructura necesaria; la importancia de los efectos comunicados en relación con la cantidad de formulación utilizada, debiendo tener en cuenta éste Comité que por mandato de éste Convenio, el uso indebido intencional no constituye por sí mismo motivo suficiente para la inclusión de una formulación en el *Anexo III*.

[751] Artículo 16 del Convenio de Rotterdam.

En el *Anexo V* se indica la información que ha de adjuntarse a las notificaciones de exportación[752], a modo de ejemplo, el nombre del producto químico prohibido o rigurosamente restringido y un resumen de la información especificada en el *Anexo I*; información sobre *medidas de precaución* para reducir las emisiones del producto químico y la exposición a éste; el *nombre y dirección de las autoridades nacionales* designadas competentes de la Parte exportadora y de la Parte importadora, *el nombre y la dirección del importador*.

17.4.- Algunos principios ambientales recogidos en el Convenio de Rotterdam

Finalmente destacaremos los siguientes principios ambientales relacionados con el *Convenio de Rotterdam*.

17.4.1.- Principio de la cooperación internacional y de buena vecindad, reflejado en que las partes *facilitarán entre ellas*, un intercambio de información científica, técnica, económica y jurídica relativa a los productos químicos en estudio[753], como también *cooperaran*, directamente o, si procede, por conducto de las organizaciones internacionales competentes, para la aplicación del presente Convenio a nivel subregional, regional y mundial[754].

17.4.2.- Principio del libre acceso a la información -como manifestación de la participación ciudadana en su interés en proteger la vida de las personas y del medio ambiente, conforme al principio 10 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente-. Es así que la Convención en estudio, dispone que cada Parte velará, en la medida de lo posible, que el público *tenga acceso adecuado a la información* sobre manipulación de productos químicos y gestión de accidentes y sobre alternativas que sean más seguras

[752] Por exportación e importación, en sus acepciones respectivas, se entiende el movimiento de un producto químico de una Parte a otra Parte, excluidas las operaciones de mero tránsito. Artículo 2 del Convenio de Rotterdam.
[753] Artículo 14 de la Convención de Rotterdam.
[754] Artículo 15 a propósito de la aplicación del Convenio de Rotterdam.

para la salud humana o el medio ambiente que los productos químicos enumerados en el *Anexo III* del presente Convenio[755].

18.- Convenio de Estocolmo o *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y sus Anexos*

18.1.- Aspectos generales y análisis del preámbulo

Posteriormente, Chile suscribe el día 22 de mayo de 2001, en la ciudad de Estocolmo, Suecia, el *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y sus Anexos*[756], en adelante *Convenio de Estocolmo*, que se *incorporó* a nuestro ordenamiento jurídico nacional, *en mayo de 2005*.

El objeto del *Convenio de Estocolmo* es proteger la salud humana y el medioambiente de los efectos nocivos de los contaminantes orgánicos persistentes que tienen propiedades tóxicas[757], son resistentes a la degradación, se bioacumulan y son transportados por el aire, el agua y las especies migratorias a través de las fronteras internacionales y depositados lejos del lugar de su liberación. Se acumulan en ecosistemas terrestres y acuáticos, biomagnificándose y amenazando especialmente, comunidades indígenas árticos, pues contaminan sus alimentos tradicionales, transformándose en un problema de salud pública. Es cierto, que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos naturales, pero también lo es, el deber de velar por que las actividades que se realicen bajo su jurisdicción o control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas más allá de los

[755] Artículo 15 del Convenio de Rotterdam.

[756] El Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y sus Anexos A, B, C, D, E y F, fue promulgado por Decreto N° 38 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 02/03/05, publicándose en el Diario Oficial el día 19 de mayo de 2005, y que en virtud de la facultad del Presidente de la República *Sr. Ricardo Lagos Escobar* conferidas por las disposiciones constitucionales 32 Nº 17 y 50 Nº 1 de la Constitución Política de la República, se ordena cumplir y llevarse a efecto como ley, el presente Convenio. Su texto se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_vally112.pdf

[757] Toxicidad: La capacidad de una sustancia química de causar daños a los seres humanos o al medio ambiente http://www.chem.unep.ch/pops/POPs_Inc/INC_1/spanish/inc1-6.html

límites de la jurisdicción nacional. En éste sentido, las Partes basadas en la *cooperación internacional* deben adoptar medidas para *reducir y/o eliminar* las emisiones y descargas de contaminantes orgánicos persistentes y para el logro de lo anterior, deben prestarse asistencia financiera y técnica y se debe promover la transferencia de tecnología para una mejor gestión de los productos químicos, sobre todo de parte de las naciones desarrolladas a los países menos adelantados, y de aquellos con economías en transición. A su vez, el sector privado y las organizaciones no gubernamentales por una parte, pueden hacer una importante contribución para lograr la reducción y/o eliminación de éstos contaminantes, y los fabricantes de ellos, por otro lado, deben reducir los efectos adversos causados por sus productos y suministrar la información necesaria a los usuarios, a los Gobiernos y al público, sobre las propiedades peligrosas de esos productos químicos, asumiendo la responsabilidad que le corresponda. Tanto el sector público como el privado, deben concebir y emplear procesos alternativos y productos químicos sustitutivos, *ambientalmente racionales*.[758]

El *Convenio de Estocolmo*, faculta a las partes firmantes, para adoptar las medidas jurídicas, administrativas y/o instrumentos de regulación que estimen convenientes para reducir o eliminar las liberaciones derivadas de la producción y *utilización intencionales* de ciertos productos químicos denominados *Contaminantes Orgánicos Persistentes*, en adelante *COPs*.

Estos contaminantes, son sustancias químicas que se utilizan como *plaguicidas* o *en la industria*, o *se producen de manera no intencional a partir de ciertas actividades humanas*, procesos de combustión o incineración, entre otros. En el ser humano, altas dosis de *COPs*, pueden provocar diversos tipos de cáncer y, en concentraciones bajas o medias, afectan al sistema inmunológico, nervioso y reproductivo. Provocan diabetes y

[758] Texto redactado esencialmente en base a los fundamentos que proporciona el *Preámbulo del Convenio de Estocolmo*, que llevó a las Partes, a concluir éste Tratado.

endometriosis, dañan los riñones, inducen trastornos hormonales, alergias, hipersensibilidad y pérdida de memoria[759].

Específicamente, en el convenio se identifican estos productos a través de la denominada *docena sucia*, compuesta por *8 plaguicidas*: Aldrin, Clordano, DDT, Dieldrin, Endrin, Heptacloro, Mirex y Toxafeno; *2 compuestos químicos de uso industrial*: Bifenilos Policlorados (PCBs) y Hexaclorobenceno (HCB) y *2 subproductos*: Policlorodibenzo-p-Dioxinas (PCDDs), Policlorodibenzo Furanos (PCDFs)[760].

Los plaguicidas y compuestos químicos de uso industrial, corresponden a productos *intencionalmente generados* por el hombre, mientras que los subproductos destacados, corresponden a sustancias producidas involuntariamente, sin utilidad en la práctica y son no deseados.

Las propiedades que caracterizan a los *COPs*, son la *persistencia*[761] en el ambiente, la *bioamplificación o biomagnificación*[762] *y bioconcentración o bioacumulación*[763] en

---

[759] Conama celebra aprobación de Convenio de Estocolmo en el Senado, artículo disponible en página web de Conama, http://www.conama.cl/portal/1301/article-30040.html

[760] Raúl F. Campusano Droguett, *el convenio de Estocolmo y su efecto en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXIII, Valparaíso, Chile (2002), página 409.

[761] *Persistencia*: La capacidad de resistir a la degradación en diversos medios, como la atmósfera, el suelo, el agua y los sedimentos, medida como semi-eliminación de la sustancia en el medio. http://www.chem.unep.ch/pops/POPs_Inc/INC_1/spanish/inc1-6.html

[762] Tendencia de algunos productos químicos a acumularse a lo largo de la *cadena trófica*,(sucesión ordenada de organismos en la que cada uno de sus integrantes se alimenta del que le precede, "presa", siendo a su vez comido por el que le sigue, "depredador") exhibiendo concentraciones sucesivamente mayores al ascender el nivel trófico. La concentración del producto en el organismo consumidor es mayor que la concentración del mismo producto en el organismo consumido. http://www.greenfacts.org/es/glosario/abc/biomagnificacion.htm

La *biomagnificación* sucede cuando los organismos en la base de la cadena alimenticia concentran el material por encima de su concentración en el suelo o agua que los rodea. Los productores toman los nutrientes inorgánicos de su ambiente pero una deficiencia de estos nutrientes puede limitar el crecimiento, por tanto los productores harán el mayor esfuerzo para obtener los nutrientes; con frecuencia, gastan considerable energía para incorporarlos en sus cuerpos y, aún incorporar más de lo necesario en el momento y lo almacenan. *Este es el primer paso en la biomagnificación*; *el contaminante se encuentra a una concentración mayor dentro del productor que en el ambiente*. *La segunda etapa de la biomagnificación sucede cuando es comido el productor pues un consumidor* (de cualquier nivel*) tiene que consumir mucha biomasa del nivel trófico inferior ya que relativamente poca energía pasa de un nivel trófico al siguiente*. *Si esa biomasa contiene el contaminante, éste será consumido en grandes cantidades por el consumidor*. Los contaminantes son absorbidos y almacenados en los cuerpos de los consumidores. Esto sucede con frecuencia con contaminantes *solubles en grasas como el DDT o los PCBs*. Estos materiales son adquiridos a través de los productores y *se mueven a la grasa de los consumidores*. *Si el consumidor es capturado y comido, su grasa es digerida y el contaminante se traslada a la grasa del nuevo consumidor*. *De esta manera, aumenta la concentración del contaminante en los tejidos grasos de los consumidores*. Usualmente los contaminantes solubles en agua no puede biomagnificarse de esta manera debido a que se disuelven en los fluidos corporales del consumidor. Ya que todos los organismos pierden agua al ambiente, los contaminantes se pierden junto con el agua. Pero, la grasa no se pierde. http://www.jmarcano.com/nociones/trofico2.html

[763] El *proceso de bioacumulación o bioconcentración* se define como *la cantidad de un plaguicida que un organismo acumula* por *adsorción* (atraer y retener en la superficie de un cuerpo moléculas o iones de otro cuerpo) *y absorción* (dicho de una sustancia sólida: ejercer atracción sobre un fluido con el que está en contacto, de modo que las moléculas de este penetren en aquella. Dicho de un tejido orgánico o de una célula: recibir o aspirar materias externas a ellos, ya disueltas, ya aeriformes) *superficial, oral u otro.* Es el resultado neto entre los procesos de toma y excreta. La biomagnificación es el proceso total de bioacumulación, en el que los

condiciones normales en el medio ambiente, ayudado sin duda por la *lipofilia*[764], por lo que pueden alcanzar concentraciones toxicológicas importantes, y la *semivolatilidad*[765], que le proporciona la capacidad de trasladarse a grandes distancias desde la fuente emisora, provocando efectos nocivos *a escala global*[766].

18.2.- Análisis normativo del Convenio de Estocolmo

Los Estados Partes[767], de acuerdo al *Convenio de Estocolmo*, se obligan a adoptar una serie de medidas para *reducir o eliminar las liberaciones derivadas de la producción y utilización intencionales*, así entonces se obligan a prohibir y/o adoptar las *medidas jurídicas y administrativas* que sean necesarias para *eliminar*, entre otros, las importaciones y exportaciones de los productos químicos incluidos en el anexo A de acuerdo con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 3 del Convenio, como también se obligan a prohibir o adoptar las mismas medidas para eliminar la *producción y utilización* de los productos químicos enumerados en el *Anexo A* con sujeción a las disposiciones que figuran en él. En la *Parte I* del Anexo A *enumera los productos químicos a eliminar que corresponde a los dos compuestos químicos de uso industrial y a los plaguicidas con exclusión del DDT*, ambos nombrados más arriba. En la *Parte II*

---

residuos de las sustancias tóxicas en los tejidos aumentan conforme el material pasa a través de dos o más niveles tróficos. http://www.rapal.org/v2/index.php?seccion=4&f=efectos_medio.php
Bioacumulación : proceso de acumulación de substancias químicas a concentraciones superiores a las detectadas en el medio ambiente
http://filaman.ifm-geomar.de/Glossary/Glossary.cfm?TermEnglish=bioconcentraci%F3n
Bioacumulación: aumento de una sustancia en los tejidos de un organismo a partir del ambiente y en relación con sus concentraciones en él. http://www2http://www.jmarcano.com/nociones/trofico2.html
.udec.cl/~DIGENTOX/glosario/bioconcentracion.html
Bioacumulación: la capacidad de una sustancia química de acumularse en tejidos vivos en niveles superiores a los del medio que los circunda, expresado como el cociente (el cociente es el resultado de una división) entre la concentración en el tejido y la concentración ambiental. http://www.chem.unep.ch/pops/POPs_Inc/INC_1/spanish/inc1-6.html

[764] *Lipofilia*, es la propiedad de una molécula o grupo molecular que presenta atracción por las grasas u otros lípidos. La Enciclopedia, vol. 12, Salvat Editores S.A., edición (2004), Madrid, España.

[765] *Volatilidad*: La capacidad de la sustancia química de vaporizarse en el aire. http://www.chem.unep.ch/pops/POPs_Inc/INC_1/spanish/inc1-6.html

[766] Raúl F. Campusano Droguett, *el convenio de Estocolmo y su efecto en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXIII, Valparaíso, Chile (2002), pág. 410, el autor cita al pie a *Nella Marchetti*, Tratado de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes.

[767] El artículo 2 del *Convenio de Estocolmo*, entiende a efectos del presente convenio por *Parte*, a un Estado o una *organización de integración económica regional* que haya consentido en someterse a las obligaciones establecidas en el presente Convenio y en los que el Convenio está en vigor. Por *organización de integración económica regional entiende* se entiende una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la cual los Estados hayan *cedido su competencia respecto de materias regidas por el presente Convenio y que haya sido debidamente facultada*, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o adherirse a él.

de éste Anexo regula a los *Bifenilos Policlorados en artículos en uso*, obligándose las Partes en relación con éste producto químico, a *eliminarlo* totalmente *del uso en equipos*, por ejemplo, transformadores, condensadores u otros receptáculos que contengan existencias de líquidos residuales, *a más tardar en el año 2025*.

Además las Partes *restringirán* la producción y utilización de los productos químicos incluidos en el *Anexo B* de conformidad con las disposiciones de dicho anexo, que regulan básicamente el producto químico *DDT*. En la Parte II del *Anexo B* se comienza regulando la eliminación de la producción y la utilización de DDT *salvo* en lo que se refiere a las Partes que hayan *notificado* a la secretaría su *intención de producir y/o utilizar DDT*, pero se lo admite no para cualquier uso sino para uno en particular, que consiste en que cada Parte que produzca y/o utilice DDT lo hará con la finalidad de *control de los vectores de enfermedades de conformidad con las recomendaciones y directrices de la Organización Mundial de la Salud sobre la utilización del DDT y producirá y/o utilizará DDT cuando no disponga de alternativas locales seguras, eficaces y asequibles.* Además las Partes, suministrarán cada tres años a la secretaría y a la *Organización Mundial de la Salud*, información sobre la cantidad utilizada, las condiciones de esa utilización y su importancia para la estrategia de gestión de enfermedades de esa Parte, en un formato que decidirá la Conferencia de las Partes en consulta con la *Organización Mundial de la Salud*.

También se establecen medidas para *reducir o eliminar las liberaciones derivadas de la producción no intencional*, de cada uno de los productos químicos incluidos en el *Anexo C*[768], con la meta de seguir reduciéndolas al mínimo y, en los casos en que sea

[768] La *Parte I del Anexo C del Convenio de Estocolmo*, regula la producción *no intencional* de los contaminantes orgánicos persistentes, enumerando a las Dibenzoparadioxinas y dibenzofuranos policlorados (PCDD/PCDF), Hexaclorobenceno (HCB), Bifenilos policlorados (PCB). En la *Parte II nombra las fuentes industriales* que *tienen* un *potencial de formación y liberación* (a partir de procesos térmicos, que comprenden materia orgánica y cloro, como resultado de una combustión incompleta o de reacciones químicas) relativamente elevadas de estos productos químicos al medio ambiente. Algunas de éstas fuentes son; incineradoras de desechos, incluidas las coincineradoras de desechos municipales, peligrosos o médicos o de fango cloacal, desechos peligrosos procedentes de la combustión en hornos de cemento, *producción de pasta de papel utilizando cloro elemental o productos químicos que producen cloro elemental para el blanqueo*, producción secundaria de cobre, aluminio, zinc.

viable, eliminarlas definitivamente. Para el logro de lo anterior, adoptarán como mínimo medidas como elaborar en un plazo de dos años *un plan de acción*, destinado a identificar, caracterizar y combatir las liberaciones de los productos químicos incluidos en el *Anexo C*, plan en el que incluirán evaluaciones de las liberaciones actuales y proyectadas, de la eficacia de las leyes y políticas y de las estrategias para cumplir las obligaciones estipuladas.

El *Convenio de Estocolmo* también regula las medidas para reducir o eliminar *las liberaciones derivadas de existencias y desechos*, y para lograr este objetivo las Partes elaborarán estrategias apropiadas para determinar, las *existencias* que consistan en *productos químicos* incluidos en el *anexo A o el anexo B*, o que *contengan esos productos químicos*; y los *productos y artículos en uso*, así como los desechos, que consistan en un producto químico incluido en el anexo A, B, o C, que contengan dicho producto químico o *estén contaminados con él*.

Además, adoptará las medidas adecuadas para que esos desechos, incluidos los productos y artículos, cuando se conviertan en desechos, se eliminen de un modo tal que el contenido del contaminante orgánico persistente se *destruya o se transforme* en forma irreversible de manera que no presenten las características de contaminante orgánico persistente o, de no ser así, *se eliminen en forma ambientalmente racional*. Las Partes velarán por que *no sean transportados* a través de las fronteras internacionales *sin tener en cuenta* las reglas, normas y directrices internacionales.

En *la Parte III* se lee que también hay otras fuentes que *pueden* producir y liberar en forma no intencionada de estos productos químicos al medio ambiente, como algunas de las que siguen, *quema a cielo abierto de desechos*, incluida la *quema en vertederos*, fuentes de combustión domésticas, *combustión de combustibles fósiles en centrales termoeléctricas o calderas industriales*, instalaciones de combustión de madera u otros combustibles de biomasa, crematorios, *vehículos de motor, en particular los que utilizan gasolina con plomo como combustible*, teñido (con cloranil) y terminación (con extracción alcalina) de textiles y cueros, combustión lenta de cables de cobre, desechos de refinerías de petróleo.
En la *Parte IV* se definen para los efectos de éste anexo los compuestos químicos, bifenilos policlorados, dibenzoparadioxinas policloradas y dibenzofuranos policlorados.
En la *Parte V* se establecen orientaciones generales sobre las mejores técnicas disponibles y las mejores prácticas ambientales.

La Conferencia de las Partes, cooperará estrechamente con los órganos pertinentes del *Convenio de Basilea* sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, para, entre otras cosas se puedan *fijar los niveles de destrucción y transformación irreversible necesarios* para garantizar que no se exhiban las características de contaminantes orgánicos persistentes *especificadas en el párrafo 1 del Anexo D*, anexo que por lo demás trata sobre los requisitos de información y criterios de selección para inclusión de un producto químico en los Anexos A, B y/o C.

También para que las Partes puedan determinar los métodos que constituyan la eliminación ambientalmente racional o bien para adoptar las medidas para establecer, cuando proceda, los niveles de concentración de los productos químicos incluidos en los anexos A, B y C para definir el bajo contenido de contaminante orgánico persistente.

Ahora se debe destacar, que éste convenio se rige por un *criterio precautorio* como bien se destaca en su Preámbulo y *se lee* en su artículo octavo párrafo séptimo a propósito de inclusión de productos químicos en los *Anexos A, B y C*, a solicitud de cualquiera de las Partes, que *si*, sobre la *base del perfil de riesgos* preparado con arreglo al *Anexo E*[769]*, el Comité decide* que, es *probable* que el producto químico, como resultado de su transporte ambiental de largo alcance, *pueda tener efectos adversos importantes para la salud humana y/o el medio ambiente* de modo que se justifique la adopción de medidas a nivel mundial, se dará curso a la propuesta. *La falta de plena certeza científica no obstará a que se dé curso a la propuesta*. Se establece claramente la orientación que da a la norma el principio precautorio, ante la falta de

[769] El *Anexo E del Convenio de Estocolmo* regula los *requisitos de información para el perfil de riesgos*, con el fin evaluar si es probable que un producto químico, como resultado de su *transporte a larga distancia en el medio ambiente*, pueda tener importantes efectos adversos en la salud humana y/o el medio ambiente de tal magnitud que justifiquen la adopción de medidas en el plano mundial.

certeza científica. En el artículo noveno se destaca que las Partes intercambiarán información, agregamos como manifestación del principio de cooperación internacional, sobre la reducción o la eliminación de la producción, utilización y liberación de contaminantes orgánicos persistentes; y las alternativas a los contaminantes orgánicos persistentes, incluida la información relacionada con sus peligros y con sus costos económicos y sociales. Luego se destaca, que conforme a los fines del presente Convenio, la información sobre la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente *no se considerará confidencial*.

18.2.1.- Amplio derecho a la información recogido por el artículo 10º del Convenio de Estocolmo

En el artículo décimo se consagra *un amplio derecho a la información en materia ambiental*, clave para el desarrollo de una participación ciudadana activa, informada y veraz. En éste sentido, los Estados Parte, se obligan a comunicar a los ciudadanos de sus Repúblicas, *toda la información disponible sobre los contaminantes orgánicos persistentes*, por lo demás, éste mandato es coherente con el principio de *publicidad* consagrado en el artículo octavo inciso segundo de nuestra Carta Fundamental.

18.2.1.1.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso trillium e información confidencial

Es del caso recordar, que el tema del *derecho a la información de carácter público* por parte de los ciudadanos fue objeto de cuestionamiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a raíz de la omisión del *Comité de Inversiones Extranjeras*, de proporcionar la información requerida por la O.N.G., *Fundación Terram*, respecto del proyecto de deforestación *Río Cóndor*, de la empresa *Trillium Ltda*., información que le

fue denegada por éste servicio del Estado, a pretexto de ser *información confidencial*. La Comisión declaró *admisible el reclamo*, basado en que el Estado de Chile había infringido la obligación positiva de suministrar información a los ciudadanos, acogiendo de ésta manera, la interpretación de los peticionarios, quienes entendían, que en el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, *se comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole*, sin que su ejercicio pueda quedar sujeto a censura previa[770].

Esta apreciación de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, dejó de manifiesto la insuficiencia del artículo 19 N° 12 de nuestra Carta Fundamental, insuficiencia que se relacionaba con el sentido original de la norma constitucional, en cuanto concebida al servicio de la libertad de los medios de comunicación social para difundir noticias o informaciones, *pero no es función del derecho de las personas para exigir la entrega de antecedentes respaldatorios de las decisiones del Estado*[771].

18.2.1.2.- Principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado

Pues bien, la consagración del artículo octavo inciso segundo en virtud de la reforma constitucional de 2005, consagra el *principio de publicidad* de *los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como* sus *fundamentos y los procedimientos* que utilicen, no discriminando como lo hace la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 sobre Bases Generales de Administración del Estado en su artículo 13, *entre publicidad y transparencia*. Ahora, si bien por un lado, la *publicidad* se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus

[770] La Constitución Reformada de 2005, Ob.Cit. en nota 309; artículo de *Domingo Hernández Emparanza*, página 31 y 32.
[771] Idem.; página 32.

actos decisorios (actos y resoluciones de los órganos estatales, en la medida que estos *exterioricen su competencia*, a través de actos administrativos, sentencias, leyes u otras manifestaciones de la potestad soberana, *lo que excluye un derecho indiscriminado a obtener cualquier información o datos en poder de los entes del Estado*[772]), y por otro, la *transparencia* se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de éstos actos, *tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas*[773], la norma constitucional en estudio, *ha declarado expresamente* la publicidad de los *procedimientos* (que preceden a las correspondientes actuaciones), y *fundamentos* (motivos) de éstos actos.

No obstante lo anterior –expresa *Hernández-*, el constituyente faculta al legislador que *sólo en virtud de una ley de quórum calificado* podrá establecer la *reserva o secreto* de aquéllos (actos y resoluciones) o de éstos (procedimientos y fundamentos) cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional[774]. Agregamos que toda norma en contravención con éste mandato constitucional que aboga por la publicidad tanto de los actos y resoluciones como de los procedimientos y fundamentos de éstos, adolecerá de *inconstitucionalidad sobrevenida*, como aquella que afecta al Decreto Supremo N° 26 de 07/05/00 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado[775].

La publicidad y transparencia –comenta *Domingo Hernández-* de las actuaciones de los órganos del Estado constituye uno de los elementos inextricablemente unidos a la definición de Chile como *República democrática*, la que por naturaleza abomina del secreto y de la no motivación expresa de los actos, tan propia del absolutismo, símbolo

[772] Idem.; página 35.
[773] Idem.; página 33.
[774] Idem.; página 33.
[775] Idem.; página 37.

del secreto y la arbitrariedad, contradictorios con la esencia del Estado de Derecho democrático[776].

El artículo 8º inciso segundo de la Carta Fundamental, ha permitido que entre una bocanada de aire fresco sobre las aún herméticas ventanas del aparato estatal, cuyo benéfico efecto se dejará sentir progresivamente, en la salud futura de la comunidad nacional, *superados que sean los temores que siempre anteceden a los cambios en las tradiciones, tan arraigadas como oscurantistas, como sucede con el casi ritual secreto, vestigio del lejano absolutismo*[777].

18.3.- Principio de participación ciudadana o del acceso a la información recogido en el Convenio de Estocolmo

Más abajo se lee en el Convenio, que Cada Parte dentro de sus capacidades, promoverá y facilitará, la participación del público en el tratamiento del tema de los contaminantes orgánicos persistentes y sus efectos para la salud y el medio ambiente y en la elaboración de respuestas adecuadas, incluida la posibilidad de hacer aportaciones a nivel nacional acerca de la aplicación del presente Convenio.

Esta norma es manifestación del principio de la participación ciudadana individual o colectivamente en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente, como lo proclama el principio 23 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972.

En éste mismo sentido el principio 10 de la Declaración de Río sobre medio Ambiente y Desarrollo de 1992, expresa que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados... Toda persona deberá tener

[776] Idem.; página 33.

[777] La Constitución Reformada de 2005, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Librotecnia, primera edición diciembre (2005), Santiago, Chile, artículo de *Domingo Hernández Emparanza*, página 37. *Notables palabras finales*.

acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participaren los procesos de adopción de decisiones…"

Este principio de la participación ciudadana o del acceso a la información, además de consagrarse en las declaraciones como las destacadas supra, y en el presente Tratado que estamos desarrollando, es recogido también en la *Convención sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la adopción de decisiones y Acceso a la Justicia en problemas ambientales* de la *Comisión Económica para Europa* de las Naciones Unidas de 1998, primer instrumento multilateral que crea la obligación de los Estados de permitir el acceso general a la información ambiental, garantizando al público derechos procedimentales para lograr objetivos ambientales dentro de los sistemas ambientales, definiendo a la información ambiental como cualquier información escrita, visual, electrónica u otra que se refiera al estado de los elementos del medio ambiente o a los factores que puedan afectar el estado del medio ambiente y la salud humana[778].

Finalmente, sobre éste punto expresaremos que la *participación ciudadana* no es más que una *manifestación del derecho humano a expresarse* o como señala nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 N° 12, *la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa*, que junto a el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas (artículo 19 N° 13), el derecho a asociarse sin permiso previo (artículo 19 N° 15) y el derecho a presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, *sin otra limitación* que la de proceder en términos respetuosos y convenientes (artículo 19 N° 14), derechos fundamentales que unidos con el artículo 8 inciso segundo de la ley Fundamental, permiten y garantizan el desarrollo de una

[778] Sergio Montenegro A., Dominique Hervé E., Valentina Duran M., Ob.Cit. en nota 162; página 52.

amplia participación ciudadana, artículos que por lo demás, concretan entre otros, *el valor libertad*.

18.4.- Solución de controversias en el Convenio de Estocolmo

Por último, en caso de controversia entre las Partes, suscitada en relación con la interpretación o aplicación del presente Convenio, se resolverá mediante negociación u otros medios pacíficos de su propia elección, pudiendo eso sí, haber declarado las Partes al tiempo de ratificar, aceptar o aprobar o adherirse al presente Convenio, o en cualquier momento posterior, *que acepta uno o los dos medios de solución de controversias* que se indican a continuación, reconociendo su carácter obligatorio en relación con una Parte que acepte la misma obligación el medio de solución; arbitraje o la Corte Internacional de Justicia[779].

El Tratado de Estocolmo junto a las Convenciones de Basilea y Rotterdam desarrolladas más arriba, forman la base de lo que se ha denominado como la *Agenda Química*[780], tratados que protegen la vida y salud humana y del medio ambiente y en consecuencia del medio ambiente marino, ya que al relacionar estos tratados con los tratados existentes en materia de contaminación marina, en especial de aquellos que regulan la contaminación proveniente de fuentes terrestres, como lo son la Convención de Lima, Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos y la Convención del Mar o de aquellos que prohíben el vertimiento de todo tipo de desechos, como lo son el Convenio de Londres o Convención para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste o Convención de Lima, como también la Convención del Mar; se puede concluir que todos estos instrumentos internacionales permiten conformar una misma esfera jurídica de protección humana y del medio ambiente.

[779] Texto redactado en base al artículo 18 de la Convención de Estocolmo.
[780] Raúl F. Campusano Droguett, *el convenio de Estocolmo y su efecto en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXIII, Valparaíso, Chile (2002), pág. 410.

19.- Conclusiones

Del capitulo primero podemos concluir que los valores, en especial la dignidad humana reconoce, recoge y protege, orienta, fundamenta y concreta no sólo a los derechos esenciales de primera y segunda generación, sino también a los derechos de la solidaridad o de tercera generación. Y este amparo no sólo se concibe desde la génesis de la Carta Fundamental de 1980 sino desde la declaración universal de los derechos humanos, incluso antes, desde la declaración americana de derechos y deberes del hombre. En consecuencia, los derechos esenciales o fundamentales, sean de primera, segunda, y tercera generación y los demás derechos esenciales que se reconocerán en el futuro; no son más que concreciones, o el traslado a nivel micro, de los mismos valores positivados en nuestra Carta Fundamental; libertad, igualdad y dignidad. Negar la naturaleza de derecho humano al medio ambiente sano o ecológicamente equilibrado, importa negar las bases de nuestra institucionalidad en la que se han plasmado estos valores, y en el fondo importa negar al mismo ser humano que encarna estos valores, pues son sus estrellas que guían su camino.

Del capitulo II podemos concluir que los tratados internacionales sobre el medio ambiente no se pueden aplicar aisladamente, sino que siempre se encuentran relacionados con nuestra Carta Fundamental, ya sea con sus bases, ya sea con su catalogo de derechos esenciales. Y no sólo se encuentra relacionado con ella, sino también con los demás tratados internacionales sobre la materia, configurando una esfera de normas jurídicas de protección ambiental, al cual debe adecuarse la legislación, porque este conjunto normativo –Carta Fundamental y los tratados internacionales, en este caso, los medio ambientales- prevalece a ella, por tanto el interprete, debe buscar la interpretación más armónica entre la legislación de fuente

nacional y la esfera jurídica de protección ambiental, imprimiendo en su proceso hermenéutico un sello finalista, porque constituye un limite en el ejercicio de la soberanía, un imperativo de su pueblo, y de los demás pueblos del mundo.

De la memoria en general se puede concluir que la falta voluntad política, educación y conciencia ambiental, ha provocado los grandes y pequeños desastres ambientales en nuestro país, y más que culpar a una mano invisible, empresa, industria o persona en particular, en realidad todos somos responsables de nuestra realidad ambiental, aquellos por contaminar y depredar; nosotros por permitir que esas atrocidades hayan ocurrido y sigan ocurriendo.

Palabras finales

Han sido innumerables las tragedias ambientales que han ocurrido durante el transcurso de nuestra breve historia como humanidad. Sin misericordia, entendiendo al resto que no es humano, como aquello que es disponible, transable, comerciable, usable, desechable, extinguible y otros verbos más que se podrían anotar, el ser humano ha arrinconado a la naturaleza a fin de exprimirle su último zumo con el único objeto de ser bebido mezquinamente entre unos pocos; de extraerle hasta el tuétano para atesorarlo en bóvedas con el fin de ejercer control sobre la economía; de privarla de su sangre, que por correr generosa sobre la tierra para calmar la sed del humano y de los seres vivos, debe ser controlada por gigantes egoístas que no conciben la existencia de un bien libre, disponible y gratuito para todos; de prohibirle su alma limpia de pájaro, que por compartir su oxigeno a todos los seres por igual, es un mal comerciante porque no vende sino que distribuye sin marginar; de aprisionar y limitar el uso de la tierra, condenándosela por herejía porque multiplica las semillas y las transforma en frutos, magia prohibida porque en la esencia de ese acto natural se radica la solidaridad natural, se la fuerza incluso a prostituirse para generar más ganancias a sus detentadores, estos señores exigen sus derechos a través de la propiedad sin respetar la función social de ella, exigen desarrollar cualquier actividad económica pero sin internalizar los costos medioambientales, estos señores que también habitan las casas de gobierno, enlodan las políticas ambientales porque arruinan sus negocios, tratos y cuotas de poder, en fin estos señores que pueden ser como tu o yo, o cualquier persona con educación o sin ella, trabajador o empresario, sexo masculino o femenino, joven, adulto o anciano, en definitiva cualquier ser humano que ha dejado de ver lo maravillosa que es nuestra naturaleza viva, ha perdido la conexión umbilical con ella, porque sólo ha sido concebida como una cosa y no un ser vivo, una cosa y no nuestro Oikos, una cosa, tan importante y sólo es una cosa, visión de la que no escapa el derecho que como todo lenguaje es una manifestación cultural de la comunidad que lo crea o descubre.

Los valores, principios y reglas ambientales emanan de la misma fuente valórica, es decir, de la libertad, la igualdad y la dignidad, porque estos valores ya fueron escogidos sin vuelta atrás

por la humanidad, como nutrientes de sus normas, como semillas que han de crecer y desarrollarse en las filosofías y doctrinas, como faro en la oscuridad o cruz del sur que guía a los navegantes en la mar, como limite a los gobernantes como enseñanza para los gobernados, como símbolos de los elementos naturales, pues en la libertad también habita el aire y las ansias de volar, en la igualdad también fluye el agua que es distribuida por vertientes, ríos y mares para que a todos pueda alcanzar y en la dignidad también palpita la tierra, pues como toda madre generosa, se entrega abierta y fértil para que los seres humanos la trabajen y puedan alimentarse, para que los seres humanos habiten en ella y aprendan a aceptarse y respetarse, para que los seres humanos tengan el sentido de tener un punto fijo en este universo, que esta en constante movimiento, para que todos los seres vivos tengan un lugar donde cobijarse, y un lugar que les permita sentir que pertenecen cual raíz de un árbol, a un todo, porque tanto la libertad, igualdad y dignidad no son más que el reflejo del palpito de una llama que se encuentra encendida en el alma, fuego eterno e incandescente, luz para recordarnos que somos algo más que un número, algo más que seres encadenados a los círculos de sufrimiento y dolor, algo más que materia y sombra, algo más que seres sometidos al despotismo del más fuerte, algo más que no tiene precio ni se puede transar, algo más que se siente cuando el ser humano se respeta a si mismo y a los demás, algo más que se siente cuando el ser humano se hermana con el lobo que habita en la oscuridad de su mente, algo más que permite extender la mano a un hermano y éste tomar la del otro hermano, algo más que se siente y palpita cuando se desarrolla el valor olvidado que se llama fraternidad.

Bibliografía

Libros

1. Andrés Bordalí Salamanca, tutela jurisdiccional del medio ambiente. Editorial Fallos del Mes Ltda., 1ª edición (2004) Santiago, Chile.

2. Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional. Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editorial Lexis Nexis, 1ª Ed. julio (1998), Santiago, Chile.

3. Hugo Llanos Mansilla, teoría y práctica de derecho internacional público. Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 2ª ed., Santiago, Chile (1990).

4. Hugo Llanos Mansilla, La creación del nuevo derecho del mar: el aporte de chile. Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile (1991).

5. La Constitución Reformada de 2005, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Librotecnia, primera edición diciembre (2005), Santiago, Chile.

6. Pedro Fernández Bitterlich, manual de derecho ambiental chileno. Editorial Jurídica de Chile, 1ª Ed. junio (2001) Santiago, Chile.

7. Rafael Andrés Vargas Miranda, el recurso de protección ambiental. Editorial Metropolitana, 1ª edición (2005) Santiago, Chile.

8. Santiago Felgueras, derechos humanos y medio ambiente, dirección editorial Dr. Rubén Villela, 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina, febrero (1996).

9. Sergio Montenegro, Dominique Hervé, Valentina Durán, los tratados ambientales. Principios y aplicación en Chile. Edición Marie Claude Plumer Bodin, 1ª ed. Santiago de Chile, (2001).

Libros electrónicos

1. Pablo Camus y Ernst Hajek, historia ambiental de Chile (1998). http://www.ecolyma.cl/paginas/documentos/histambchile/hist_amb_chile_v1.pdf

Revistas

1- Andrés Bordalí Salamanca, el recurso de protección como proceso de urgencia. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 31 Nº 2 (2004), Santiago, Chile.

2- Andrés Landerretche, principios formativos del derecho internacional del medio ambiente. Revista Diplomacia Nº 66 (1994).

3- Aplicación del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile vol. 23 N° 2 y 3, Tomo II septiembre-diciembre (1996).

4- Armando Cartes Montory, bases constitucionales del derecho al medio ambiente. Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián, N° 1 (1999) Concepción, Chile.

5- Claudio Marcelo Troncoso Repetto, la norma del ius cogens aplicada a los derechos. Revista Ciencias Sociales, Derecho y Sociedad, N° 1 mayo-junio (1988).

6- Eduardo J. Couture, los mandamientos del abogado. Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Tomo XXVII Nº 1 y 2 (1949) Buenos Aires, Argentina.

7- Enrique Evans de la Cuadra, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Su real alcance. Temas de Derecho Universidad Gabriela Mistral, vol. VIII Nº 1 enero-junio (1993) Santiago, Chile.

8- Enrique Navarro Beltrán, recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 20 (1993) Santiago, Chile.

9- Eugenio Evans Espiñeira, el bien común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 28 N° 2 (2001).

10- Farouk Garfe Jarufe, análisis jurídico internacional del vertimiento de residuos radiactivos en el mar. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XV (1993-1994) Valparaíso, Chile.

11- Felipe Cornejo García, “las normas autoejecutables en los tratados internacionales”. Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Chile, Santiago de Chile (2002).

12- Felipe Tredinnick Abasto, Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su aplicación directa. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2002).

13- Fernando Gamboa Serazzi, historia del desarrollo jurídico chileno sobre el derecho del mar: Chile país marítimo por excelencia. Revista Derecho Mayor, Universidad Mayor, Nº 3 octubre (2004) Santiago, Chile.

14- Francisco Caballero Zanzo, interpretación de conceptos ambientales a la luz de la legislación anterior a la ley de bases generales del medio ambiente: antecedentes del derecho nacional y comparado. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVII (1996) Valparaíso, Chile.

15- Francisco Cumplido y Jorge Tapia, evolución del concepto de soberanía en el derecho constitucional moderno. Revista de Derecho Publico Universidad de Chile, Nº 1 (1963) Santiago, Chile.

16- Francisco Velasco Caballero, la protección del medio ambiente ante el tribunal europeo de derechos humanos. Revista Española de Derecho Constitucional, año 15 N° 45 septiembre-diciembre (1995).

17- Francisco Zúñiga Urbina, Comentario: Recurso de protección interpuesto por Vladimir Riesco Bahamondes y otros contra Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Arauco). Gaceta Jurídica Nº 299 (2005).

18- Gonzalo Biggs Bruna, el derecho internacional del medio ambiente y su impacto en el derecho chileno. Derecho del Medio Ambiente, Congreso Internacional. Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editorial Lexis Nexis, 1ª Ed. julio (1998), Santiago, Chile.

19- Gonzalo Figueroa Yánez, el principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil. Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado I, Temas de Responsabilidad Civil (2004) Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

20- Hernán Varela Valenzuela, declaración de Chile al ratificar la convención de las naciones Unidas sobre el derecho del mar. Revista de derecho de la Universidad de Concepción, año LXVI, Nº 203 enero-junio (1998) Concepción, Chile

21- Humberto Nogueira Alcalá, el control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del tribunal constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2006).

22- Humberto Nogueira Alcalá, los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile, volumen 23 N° 2 y 3, Tomo I (1996).

23- Humberto Nogueira Alcalá, las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, vol. 63 (2001).

24- Jorge Bermúdez Soto, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI (2000) Valparaíso, Chile.

25- Jorge Bermúdez Soto, principios e instrumentos de gestión ambiental introducidos por el reglamento ambiental para la acuicultura. Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 29 Nº 2 (2002) Santiago, Chile.

26- Jorge Bermúdez Soto, globalización y protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del derecho internacional del medio ambiente. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXV (2004).

27- Jorge Martínez Busch, el mar presencial: un nuevo concepto unificador del derecho internacional del mar. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año 60 Nº 192, julio-diciembre (1992) Concepción, Chile.

28- Loreto Arrepol Villanueva, memoria de prueba "derecho internacional ambiental", Universidad Católica de la Santísima Concepción, (1997) Concepción, Chile.

29- Luz Bulnes Aldunate, la fuerza normativa de la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Número Especial (1998).

30- Luz Bulnes Aldunate, principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona humana frente a la jurisprudencia. Revista Actualidad jurídica, Universidad del Desarrollo, Nº 10 julio (2004), Santiago, Chile.

31- Marcia Andrea Allendes Castillo, "Obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales contempladas en los tratados no suscritos por Chile: recopilación de tratados internacionales". Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad de Talca, (2003), Talca, Chile.

32- Maria Teresa Quirke Arrau, los derechos humanos como límite a la soberanía. Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 16 (1989) Santiago, Chile.

33- Mario Cerda Medina, el estado al servicio de la persona humana. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Chile, Año LXIV N° 199, enero-junio (1996).

34- Mario Duvauchelle Rodríguez, la convención del derecho del mar: su contenido y principales problemas que plantea su ordenamiento jurídico. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Nº 199 (1996) Concepción, Chile.

35- Mario Jarpa Fernández, derecho y contaminación ambiental. Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 169 (1981), Concepción, Chile.

36- Mario Verdugo Marinkovic, notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional. La Constitución Reformada de 2005, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Editorial Librotecnia, 1ª edición, diciembre (2005) Santiago, Chile.

37- Mary Ann Glendon, el crisol olvidado: la influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales. Persona y derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos, Nº 51 (2004).

38- Miguel Ángel Fernández González, la fuerza normativa de la constitución. Revista de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile, vol. 63 (2001).

39- Patricia Rubilar Ulloa, "utilización del Cabo de Hornos como ruta de transporte de desechos radiactivos y los mecanismos jurídicos para impedirlo". Memoria de prueba, Universidad Católica de Temuco, diciembre (2001) Temuco, Chile.

40- Pedro Rodas Díaz y Carlos Verri González, "normas sobre el medio ambiente en un mundo globalizado". Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Universidad Central de Chile (2004) Santiago, Chile.

41- Rafael Oyarte Martínez, límite y limitaciones al poder constituyente. Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, número especial (1998).

42- Rafael Valenzuela Fuenzalida, Derecho y Ambiente. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. III (1979).

43- Rafael Valenzuela Fuenzalida, el recurso constitucional de protección sobre materia ambiental en Chile. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIII (1989-1990) Valparaíso, Chile.

44- Raimundo González Aninat, principios generales del derecho internacional ambiental. Revista de Derecho Universidad de Concepción, Año 60 Nº 191 enero-junio (1992), Concepción, Chile.

45- Raúl Bertelsen Repetto, informe en derecho. Facultades de la Conaf y contaminación de aguas de un lago. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 19 Nº 3 (1992) Santiago, Chile.

46- Raúl Bertelsen Repetto, el recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 25 Nº 1(1998) Santiago, Chile.

47- Raúl F. Campusano Droguett, el convenio de Estocolmo y su efecto en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXIII, Valparaíso, Chile (2002).

48- Raúl F. Campusano Droguett, tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, N° 13 Santiago, Chile, Enero (2006).

49- Revista Estudios 1991 de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago, Chile.

50- Ricardo Katz, Gabriel del Fávero y Leonel Sierralta, bases conceptuales y marco de referencia para la elaboración de políticas ambientales en América latina. Estudios Públicos Nº 57 verano (1995) Santiago, Chile.

51- Serie Seminarios N° 27, Universidad Diego Portales Santiago, Chile, junio (1993). Humberto Nogueira Alcalá, los derechos humanos en el derecho constitucional y su relación con el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución Chilena. Cuadernos de Análisis Jurídico, Dogmática Constitucional y Derechos Humanos.

52- Sergio González y Jorge Carrasco, bromuro de metilo. Un fumigante que debe desaparecer. Revista Tierra Adentro. Publicación Bimestral del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA), Nº 68 mayo-junio (2006), Ministerio de Agricultura, Chile.

53- Sergio González y Jorge Carrasco, protocolo de Montreal. Pasos para eliminar el bromuro de metilo en Chile. Revista Tierra Adentro. Publicación Bimestral del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA), Nº 68 mayo-junio (2006), Ministerio de Agricultura, Chile.

54- Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell, valores y principios en la interpretación constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional, año 12 N° 35 mayo-agosto (1992).

55- Wilfred Jenks, el humanismo y el derecho. Revista del Colegio de Abogados de la Plata, año XIV Nº 29, julio-diciembre (1972), Buenos Aires, Argentina.

Revistas electrónicas

1. Agustín Ramírez Sierra, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho humano y su protección a partir de los tratados internacionales suscritos por chile. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado Chile, año 1 N° 2 diciembre (2000). https://www.cde.cl/revista.php?id=135

2. Alex Amado Rivadeneyra, evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 18 sept-dic (2006). http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num18/art_jcos18.html

3. Andrés Bordalí Salamanca, subdesarrollo y medioambiente. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, vol. IV diciembre (1993) Valdivia, Chile; páginas 21-54.
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0718-095019930001&lng=es&nrm=iso

4. Andrés Bordalí Salamanca, constitución económica y protección del medio ambiente. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, vol. 9 suplemento especial, agosto (1998), Valdivia, Chile; pp. 43-54. http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100006&lng=es&nrm=iso

5. César Moyano Bonilla, derecho a un medio ambiente sano. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 82 enero-abril (1995). http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=82

6. Francisco Zúñiga Urbina, Comentario: Recurso de protección interpuesto por Vladimir Riesco Bahamondes y otros contra Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Arauco). Gaceta Jurídica Nº 299 (2005).
Número de Gaceta= 299 Número de Página= 44.
www.lexisnexis.cl

7. Héctor Gros Espiell, el derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 37 (1980). http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=37

8. Hernán Santa Cruz, la creación de las Naciones Unidas y de la Cepal. Revista de la Cepal N° 57 diciembre (1995), pp. 17-32. http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/19118/santacruz.htm

9. Julio C. García, Ingrid Henríquez y Daniela Ramírez, caso Celco: una falla multisistémica. Revista de Derecho Ambiental, Publicación del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile Año II, Nº 2 marzo (2006) Santiago, Chile. http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/pubicaciones/revista_derecho_ambiental_2.pdf

10. Luís Antonio Gonzáles Escobar, la ecología industrial y la gestión ambiental. Revista Homotechnia, vol. I N° 1 agosto-octubre (2005). http://scholar.google.com/scholar%3Fq%3Decolog%C3%ADa++formaciones+biol%C3%B3gicas%26hl%3Des%26lr%3D%26rls%3DSKPB,SKPB:2006-39,SKPB:es%26oi%3Dscholart

11. Manuel Cofre Muñoz, una visión de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, sobre los espacios marinos legales y las reservas marinas. Revista Estudios Oceanológicos, Facultad de Recursos del Mar de la Universidad de Antofagasta, vol. 16 (1997) Antofagasta, Chile. http://www.uantof.cl/recursos_mar/pdf/vol16/vol16_13.pdf

12. Roberto P. Schlatter y Rodrigo Hucke-Gaete, importancia de la cooperación internacional para la conservación de aves y mamíferos marinos presentes en Chile. Revista Estudios Oceanológicos, Facultad de Recursos del Mar de la Universidad de Antofagasta, vol. 18 (1999); pp. 13-24. http://www.uantof.cl/recursos_mar/est_ocean_vol1999.htm

13. Pedro Fernández Bitterlich, Institucionalidad Ambiental en Chile. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, vol. 9º suplemento Especial agosto (1998) Valdivia, Chile; pp. 35-42. http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100005&lng=es&nrm=iso

14. Valentina Durán Medina, Caso Celco: Un fallo Controvertido de la Excma.Corte Suprema. Revista de Derecho Ambiental, Publicación del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile Año II, Nº 2 marzo (2006) Santiago, Chile. http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda2006/pubicaciones/revista_derecho_ambiental_2.pdf

Páginas web de declaraciones, discursos, documentos, tratados, leyes, reglamentos, decretos y jurisprudencia

Declaraciones

1. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf

2. Carta de la Tierra (2000). http://www.iepe.org/cartadelatierra/cartadelatierra.htm

3. Carta de los Derechos Universales de los Pueblos (1976). http://www.turemanso.com.ar/tierra/ddhh/pueblos.html

4. Carta Mundial de la Naturaleza (1982). http://www.otrodesarrollo.com/biblioteca/CartaMundialNaturaleza1982.htm

5. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948). http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm

6. Declaración de Barbados (1994); en ingles. http://www.un.org/documents/ga/conf167/aconf167-9.htm

7. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972). http://www.ideam.gov.co/apc-aa/img_upload/467567db4678d7b443628f8bc215f32d/Estocolmo.pdf

8. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972). http://www.cth.gva.es/admon/autoridades/unidas/uni/006000224.htm

9. Declaración de Johannesburgo (2002). http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm

10. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente (1992). http://www.un.org/documents/ga/conf151/spanish/aconf15126-1annex1s.htm

11. Declaración de Manaos (1992). http://www.otca.org.br/ep/Institucional/Reunion_Presidentes/2-Reunion.php

12. Declaración de Santa Cruz de la Sierra (1996). http://www.redhucyt.oas.org/ocyt/espanol/stacruz.htm

13. Declaración del Milenio (2000). http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/ares552.html

14. Declaración Ministerial de Viña del Mar (1984), punto VII, en donde se reafirma la calidad de la CPPS de Organismo Regional Marítimo Apropiado. http://www.cpps-int.org/spanish/tratadosyconvenios/declaracionesministeriales/DECLARACION%20DE%20VINA%20DEL%20MAR%2010%20FEBRERO%201984.pdf

15. Declaración Ministerial de Lima (1993). http://www.cpps-int.org/spanish/tratadosyconvenios/declaracionesministeriales/DECLARACION%20DE%20LIMA%204%20MARZO%201993.pdf

16. Declaración Ministerial de Santiago (2000). http://www.cpps-int.org/spanish/tratadosyconvenios/declaracionesministeriales/DECLARACION%20DE%20SANTIAGO%2014%20AGOSTO%202000.pdf

17. Declaración Presidencial de Santiago de 23 de junio de 1947. http://www.sonapesca.info/info.asp?Ob=3&Id=4

18. Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (1997). http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

19. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm

20. Proclamación de Teherán (1968). http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/b_tehern_sp.htm

Discursos

1. César Gaviria Trujillo, ex- Secretario General de la Organización de los Estados Americanos entre los años 1994-2004, discurso pronunciado en la ceremonia de depósito del instrumento de ratificación por parte de Argentina del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, 23 de octubre de 2003 – Washington. www.oas.org/speeches/speech.asp?sCodigo=03-0145

2. Edmundo Vargas Carreño, Secretario General del Opanal, en discurso pronunciado en la Sesión Inaugural ante el XIX Período Ordinario de Sesiones de la Conferencia General, Santiago, Chile, 7-8 de noviembre de 2005. Disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/Docum-e.htm

3. Edmundo Vargas Carreño, Secretario General del Opanal, en discurso pronunciado ante la 50ª conferencia general del organismo internacional de energía atómica, en la ciudad de Viena, Austria, el día 11 de septiembre de 2006. http://www.opanal.org/opanal/Docum-e.htm

Documentos

1. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. http://www.segpres.cl/portal/documentos/Actas_constitucion_1980.html

2. Alianza mundial para la conservación de los humedales en las zonas áridas y desertificadas; una tarea impostergable. www.dga.cl/otros/publicacioneslinea/archivos/humedales4.pdf

3. Carmen Artigas, el principio precautorio en el derecho y la política internacional. Serie Recursos Naturales e Infraestructura Nº 22 mayo (2001), Santiago de Chile. http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf

4. Centro Internacional para la Conservación del Patrimonio, institución no gubernamental cuyo objetivo primordial es la cooperación internacional en torno al Patrimonio Físico de los pueblos. http://www.cicop.com/unesco.htm

5. Cisne de cuello negro o Cygnus melancoryphus; información sobre esta y otras aves, se encuentra disponible en las siguientes direcciones electrónicas: http://www.ceachile.cl/Cruces/Cisne.htm http://www.avesdechile.cl/

6. Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN). Información sobre este organismo se encuentra disponible en las siguientes direcciones electrónicas: http://www.cchen.cl/index.php?option=com_content&task=category&sectionid=11&id=112&Itemid=71

http://www.cchen.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=56&Itemid=71

7. Conama celebra aprobación de Convenio de Estocolmo en el Senado. http://www.conama.cl/portal/1301/article-30040.html

8. Informe nuestro futuro común o “our common future” o “brundtland report (1987); en ingles.
9. http://dewa03.unep.org/geo/tiki-list_file_gallery.php?galleryId=8

10. Lista del Patrimonio Mundial. http://whc.unesco.org/patrimonio.htm

11. Mapa de la zona de aplicación del Tratado de Tlatelolco. http://www.opanal.org/opanal/Tlatelolco/maptlatel-e.htm

12. Memorias Anuales CCHEN periodo 2001 a 2006.

Memoria Anual de 2002 CCHEN.
http://www.cchen.cl/xp2/?docp=10/6
Memoria Anual de 2003 CCHEN.
http://www.cchen.cl/xp3/
Memoria Anual de 2004 CCHEN.
http://www.cchen.cl/xp4/?optn=secsgdr
Memoria Anual de 2005 CCHEN.
http://www.cchen.cl/xp5/?optn=secsgdr

13. Nociones sobre ecología. http://www.jmarcano.com/nociones/index.html

14. Opanal; información sobre este organismo internacional se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.opanal.org/opanal/about/about-e.htm

15. Perspectivas del medio ambiente mundial, Cap. I integración del medio ambiente y desarrollo (1972-2002), subtítulo: el decenio de los setenta: la creación del ambientalismo; extraído de página web del Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA) www.unep.org/geo/geo3/spanish/index.htm

16. Protección de humedales (vegas y bofedales) en el Norte de Chile. www.aprchile.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=387

17. Rodrigo Correa G., tratados internacionales bajo el embrujo de Brown. http://islandia.law.yale.edu/sela/srcorrea.pdf

18. Sitios Ramsar en Chile. Información disponible en las siguientes direcciones electrónicas:

www.dga.cl/otros/publicacioneslinea/archivos/humedales2.pdf ;
www.dga.cl/otros/dgajovenes/humedales/SitiosRamsarChile2005.pdf
http://www.unorch.cl/art_2humedal.htm

19. Unidad de Gestión de Desechos Radiactivos (UGDR). Información sobre esta unidad de la CCHEN se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.cchen.cl/xp2/?docp=10/6

Tratados

1. Carta de la Organización de Estados Americanos (1948). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp657.pdf

2. Carta de la OEA suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993. http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html#ch5

3. Carta de San Francisco o Carta de las Naciones Unidas (1945). http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/

4. Convención Americana de Derechos Humanos (1969). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani260.pdf

5. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y su anexo (1969). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp453.pdf

6. Convención del Mar y sus anexos (1982). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_uli224.pdf

7. Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América o Convención de Washington (1940). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp860.pdf

8. Convención para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste o Convención de Lima (1981). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani670.pdf

9. Convención sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas o Convención Ramsar (1971). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp485.pdf

10. Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (1980). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp473.pdf

11. Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares (1986). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_vally177.pdf

12. Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1979). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani364.pdf

13. Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp793.pdf

14. Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (1989). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani303.pdf

15. Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y sus Anexos (2001). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_vally112.pdf

16. Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional y sus Anexos (1998). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_vally111.pdf

17. Convenio sobre Organización de la Comisión Permanente de la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marinas del Pacífico Sur o Declaración de Santiago de 1952. http://www.cpps-int.org/spanish/tratadosyconvenios/tratadosregionales/convenioexplotacionriquezasmarinas.htm

18. Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias (LC/72) o Convenio de Londres (1972). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp799.pdf

19. Enmienda al Anexo III del Convenio sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias o Convenio de Londres (1972). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani284.pdf

20. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani621.pdf

21. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani616.pdf

22. Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos Protocolo de San Salvador (1988). http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

23. Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente o Protocolo de Madrid (1991). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_uli205.pdf

24. Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias de 1972. http://www.londonconvention.org/documents/lc72/LC+LP%20in%20Spanish.pdf

25. Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras protegidas del Pacifico Sudeste (1989). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp317.pdf

26. Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres y sus Anexos (1983). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani669.pdf

27. Protocolo para la Protección del Pacifico Sudeste contra la Contaminación Radiactiva (1989). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp321.pdf

28. Tratado Antártico (1959) http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani861.pdf

29. Tratado Antártico; ejemplo recomendaciones. Recomendaciones, Resoluciones, Medidas y Decisiones adoptadas en la XVI, XVII, XVIII, (Reunión Consultiva, realizada en Kioto, Japón, entre el 11 y el 22 de abril de 1994) XIX y XX reuniones consultivas de las partes en el Tratado Antártico. http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_uli56.pdf

30. Tratado con Argentina sobre Medio Ambiente y sus Protocolos Específicos Adicionales sobre Protección del Medio Ambiente Antártico y Recursos Hídricos Compartidos (1991). http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani347.pdf

31. Tratado de Tlatelolco http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_dani578.pdf

32. Tratado de Tlatelolco y todas sus enmiendas incorporadas. http://www.opanal.org/opanal/Tlatelolco/P-Tlatelolco-e.htm

Leyes

1. Ley Nº 8042 de 1946; que dispone cumplir y llevar a efecto como ley de la República, la Carta de las Naciones Unidas. http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_mp614.pdf

2. Ley Nº 19300 de 1994; sobre Bases Generales del Medio Ambiente. http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/30667.pdf

3. Ley Nº 18918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional de 1990. http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/30289.pdf

4. Decreto Ley Nº 2222 de 1978; Ley de Navegación.
   http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/6855.pdf

5. Ley Nº 18892 de 1989; Ley General de Pesca y Acuicultura.
   http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/13315.pdf

6. Ley Nº 18302 de 1984; Ley de Seguridad Nuclear.
   http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/29719.pdf

7. Ley Nº 16319 de 1965; Ley que crea la Comisión Chilena de Energía Nuclear.
   http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/28393.pdf

8. DFL Nº 292 de 1953; Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante.
   http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/5333.pdf

Reglamentos

1- Reglamento de la Cámara de Diputados se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
   http://www.camara.cl/legis/down/rcd_05.pdf

2- Reglamento del Senado se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica, se debe pinchar icono organización y luego Reglamento del Senado:
   http://www.senado.cl

3- Reglamento para el Transporte Seguro de Materiales Radiactivos, Decreto Ley Nº 12 de 10 de junio de 1985.
   http://www.cchen.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=203&Itemid=87

Decretos

1- Decreto Nº 276 de 05/08/03 del Ministerio de Defensa que declara área marina y costera para los fines que indica.
   http://www.conama.cl/gefmarino/1307/articles-34339_recurso_1.pdf

2- Decreto Nº 360 de 09/12/04 del Ministerio de Defensa que declara área marina y costera para los fines que indica.
   http://www.conama.cl/gefmarino/1307/articles-34338_recurso_1.pdf

Jurisprudencia on line

1. Opinión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el caso Lago Lubicon v/s Canadá, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
   http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.38.D.167.1984.Sp?OpenDocument

2. Opinión del Comité Interamericano de Derechos Humanos in re Sra. X v. Argentina del 15 de octubre de 1996. Principio general de la legislación internacional iura novit curia
   http://www.derechos.net/doc/cidh/index.html

3. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 33-2005 de 18 de Abril de 2005. Planta procesadora de celulosa. Evaluación de impacto ambiental. Corema Región de Los Lagos. Principio de prevención. Acto ilegal y arbitrario. Daño ambiental y a la salud de la población. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Extemporaneidad del recurso. Número Identificador LexisNexis: 32238.
   www.lexisnexis.cl

4. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 19 de 27 de octubre de 1983. http://www.tribunalconstitucional.cl/site/roles/rol_n19.html

5. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000. http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_309.pdf

6. Sentencia del tribunal Constitucional Rol N° 389 de 28 de octubre de 2002. http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_389.pdf

Diarios electrónicos

1. Diario electrónico de la Cámara de Diputados, martes 21 de noviembre de 2006.
   http://www.camara.cl/diario/diario2.htm

Diccionarios, enciclopedias, glosarios y terminos

Diccionarios

1. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición (2001).

2. Diccionario de la Biodiversidad.
   http://www.inbio.ac.cr/es/biodiccionario/default.html

3. Diccionario de Genotoxicología.
   http://www2.udec.cl/~DIGENTOX/glosario/glosario2.htm

4. Diccionario ecológico.

http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/diccionarioEcologico/diccionarioEcologico.php3

Enciclopedias

1. La Enciclopedia, Salvat Editores S.A., (2004) Madrid, España.

2. Breve Enciclopedia del Ambiente
http://www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/

3. Enciclopedia libre
http://es.wikipedia.org/wiki/Portada

Glosario

1. Glosario contenido en el libro Biología de Villee, Editorial McGraw-Hill Interamericana, Traducción de Roberto Palacios Martínez (oceanólogo), 4ª edición en español (2000) ciudad de México, México.

2. Glosario de terminos en Colección Seguridad Nº 111-F, Principios para la gestión de desechos radiactivos. OIEA, Viena, Austria (1996).
http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub989s_scr.pdf

3. Glosario de terminos contenido en Colección de Normas de Seguridad del Organismo Internacional de Energía Atómica, Viena, Austria (2004).
http://www-pub.iaea.org/mtcd/publications/pdf/pub1089s_web.pdf

4. Glosario de terminos elaborado por el Organismo Internacional de Energía Atómica del año 2006, en inglés, denominada IAEA Safety Glossary. Terminology used in nuclear, radiation, radioactive waste and transport safety. Version 2.0 september 2006.
http://www-ns.iaea.org/downloads/standards/glossary/glossary-english-version2point0-sept-06-12.pdf

5. Glosario medioambiental
http://www.greenfacts.org/es/glosario/index.htm

6. Glosario en Manual de Lombricultura
http://www.manualdelombricultura.com/glosario/

Terminos

1. Bioacumulación: aumento de una sustancia en los tejidos de un organismo a partir del ambiente y en relación con sus concentraciones en él.
   http://www.jmarcano.com/nociones/trofico2.html

2. Bioacumulación
   http://www.chem.unep.ch/pops/POPs_Inc/INC_1/spanish/inc1-6.html

3. Bioacumulación: proceso de acumulación de substancias químicas a concentraciones superiores a las detectadas en el medio ambiente
   http://filaman.ifm-geomar.de/Glossary/Glossary.cfm?TermEnglish=bioconcentraci%F3n

4. Bioconcentración
   http://www2.udec.cl/~DIGENTOX/glosario/bioconcentracion.html

5. Biodegradabilidad; información básica.
   http://es.wikipedia.org/wiki/Biodegradaci%C3%B3n

   Biodegradación
   http://www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/terminos/Biodegrada.htm

6. Biomagnificación
   http://www.greenfacts.org/es/glosario/abc/biomagnificacion.htm

7. Biomagnificación
   http://www.jmarcano.com/nociones/trofico2.html

8. Biorremedación
   http://www.cricyt.edu.ar/enciclopedia/terminos/Biorremed.htm

9. Desecho (waste).
   http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub1089s_web.pdf

10. Desechos radiactivos (waste radiactive).
    http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Pub989s_scr.pdf

11. Disposición final previa (predisposal)
    http://www-pub.iaea.org/mtcd/publications/pdf/pub1089s_web.pdf

12. Disposición final (disposal)
    http://www-pub.iaea.org/mtcd/publications/pdf/pub1089s_web.pdf

13. Ejemplo de formación biológica.
    http://www.fao.org/docrep/w6251s/w6251s06.htm

14. Lecho

http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/diccionarioEcologico/diccionarioEcologico.php3?letra=L&numero=01&rango=LABELO_-_LENGUA

15. Lecho Marino
http://attila.inbio.ac.cr:7777/pls/portal30/INBIO_BIODICTIONARY.DYN_WORD_LIST.show?p_arg_names=_show_header&p_arg_values=YES&p_arg_names=pLetra&p_arg_values=l

16. Línea de base normal
http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/13315.pdf

17. Mar
http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/diccionarioEcologico/diccionarioEcologico.php3?letra=M&numero=01&rango=MAB_--MARRA

18. Ósmosis; ejemplo.
http://es.wikipedia.org/wiki/Transporte_de_nutrientes_y_agua_en_las_plantas

19. Persistencia
http://www.chem.unep.ch/pops/POPs_Inc/INC_1/spanish/inc1-6.html

20. Proceso de bioacumulación o bioconcentración
http://www.rapal.org/v2/index.php?seccion=4&f=efectos_medio.php

21. Simbiosis
http://www.manualdelombricultura.com/glosario/pal/164.html

22. Simbiosis mutualista
http://expertos.monografias.com/home.asp?tip=usu&item=pregunta&id=5&id_item=39552&idr=32863

23. Simbiosis; ejemplos.
http://www.galeon.com/fierasysabandijas/arcart/simbiosis.htm

24. Toxicidad
http://www.chem.unep.ch/pops/POPs_Inc/INC_1/spanish/inc1-6.html

25. Volatilidad
http://www.chem.unep.ch/pops/POPs_Inc/INC_1/spanish/inc1-6.html

26. Zona
http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/diccionarioEcologico/diccionarioEcologico.php3?letra=Z&numero=01&rango=ZANCO_-_ZUNCHO