

ACTIVIDADES MINERAS EN PARQUES NACIONALES¹

NATALIA FABIOLA FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA.*

RESUMEN

Este trabajo plantea como objeto principal determinar si existe conflicto normativo entre el estatuto jurídico minero y la Convención de Washington; por ende, si es posible en conformidad a la legislación vigente desarrollar actividades mineras en parques nacionales, considerando lo dispuesto en el Art. 17 N°2 del Código de Minería y el Art. III de la Convención de Washington que -se ha sostenido- prohíbe la explotación de las riquezas con fines comerciales.

Sobre la base del análisis efectuado, se concluye que no existe conflicto normativo, y que es jurídicamente posible desarrollar actividades mineras en parques nacionales, dado que la Convención de Washington, si bien, se encuentra vigente, su texto, y en especial el Art. III no es autoejecutable, por lo tanto, para aplicar dicha prohibición se requiere de normativa interna que desarrolle su contenido. En consecuencia, es posible desarrollar actividad minera, mediando la obtención de los permisos que la Ley establece en el Código de Minería y en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, cumpliendo con la normativa ambiental y sectorial pertinente y sin obstaculizar el cumplimiento de los objetivos de cada área.

INTRODUCCIÓN

La Actividad Formativa de Tesis, cuyo resumen se presenta en este documento, está referida a la problemática de nuestro ordenamiento jurídico, de contemplar, por una parte, la prohibición de explotar las riquezas existentes en Parques Nacionales con fines comerciales, y por otra, la existencia de normas, que establecen permisos para realizar actividades mineras en parques nacionales, lo que a simple vista parece contradictorio, y por tanto, interesante de resolver y analizar.

¹ Documento resumen de Actividad Formativa de Tesis (AFET) de Magíster en Derecho Ambiental, dirigida por el Profesor Mario Galindo Villarroel.

* Abogada, Universidad Católica de Temuco, Magíster en Derecho Ambiental Universidad de Chile.

El objetivo del trabajo se traduce en determinar si existe realmente una inconsistencia normativa en nuestro ordenamiento jurídico, y a partir de ello, responder a la interrogante de si es posible el desarrollo de actividades mineras en Parques Nacionales, sea que se emplacen total o parcialmente en dichas áreas.

Para lo anterior, en este trabajo se realizó el análisis y revisión de las siguientes materias: normas aplicables a las áreas protegidas en general, y a los parques nacionales en particular, normas sobre áreas protegidas en el derecho comparado, estatuto jurídico de la actividad minera, y de otras actividades económicas como derecho de aprovechamiento de aguas, concesiones eléctricas, concesiones geotérmicas, incorporación de los tratados internacionales en el derecho interno, el concepto de autoejecutabilidad de los tratados, y finalmente un análisis de la aplicación que han dado los órganos de la administración de Estado a la Convención materia de este trabajo.

Luego de tales análisis, se concluye que no existe un conflicto normativo actual, entre las disposiciones de la Convención de Washington y el Código de Minería, sobre la base de interpretar el Art. III de la Convención, como una norma no autoejecutable, lo que hace factible legalmente la ejecución de actividades mineras en parques nacionales, siempre que se de cumplimiento a las disposiciones legales pertinentes, en especial a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

1 ESTATUTO JURÍDICO DE LOS PARQUES NACIONALES EN LA NORMATIVA NACIONAL

A continuación se detallan las normas que definen y regulan el concepto de Parque Nacional con sus distintos alcances y contenido, en el mismo orden cronológico en que entraron en vigencia.

1.1 DECRETO SUPREMO N°4.363 DE 1931 DEL MINISTERIO DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN, FIJA TEXTO REFUNDIDO LEY DE BOSQUES.

Esta norma fue publicada el 31 de julio de 1931, fija el texto de la Ley N°656 del 17 de octubre de 1925 y del DFL N°265 de 20 de mayo de 1931 sobre bosques, y su objetivo principal era regular la explotación de los bosques, las áreas aptas para la actividad forestal y los beneficios de los particulares que desarrollen esta actividad.

La Ley de Bosques de 1931 instituye, a través de su artículo 10, la categoría de protección denominada "Parque Nacional de Turismo", siendo la siguiente su definición formal: "*con el objeto de regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje, el Presidente de la República podrá establecer reservas de bosques y Parques Nacionales de Turismo, en los terrenos fiscales apropiados a dichos fines y en terrenos particulares que se adquieran por compra o expropiación*".

Debe indicarse que esta norma no distingue los objetivos de protección de las Reservas de Bosques y de los Parques Nacionales de Turismo. No obstante, se puede inferir que, debido a que "la regularización del comercio de maderas" no corresponde a un objetivo de protección de la naturaleza, sino más bien a una materia de interés para el ámbito de la producción forestal, este objetivo sería aplicable a las Reservas de Bosques. Por consiguiente, a los Parques Nacionales de Turismo le serían aplicables los objetivos

de “garantizar la vida de determinadas especies arbóreas”, y “conservar la belleza del paisaje”².

En resumen, los Parques Nacionales de Turismo corresponden a terrenos fiscales colocados bajo protección, mediante un acto formal del Presidente de la República, con el objeto de conservar determinadas especies arbóreas, y las condiciones paisajísticas presentes en un determinado lugar:

Debe indicarse que, los objetivos de protección de los parques nacionales de turismo, presentan ciertas diferencias respecto de los objetivos de protección de los “Parques Nacionales”, establecidos al alero de la Convención de Washington, cuyo objeto esencial es la protección de: a) las bellezas escénicas naturales, y, b) la flora y la fauna de importancia nacional.

Los Parques Nacionales de Turismo y las Reservas de Bosques “...no podrán ser destinados a otro objeto sino en virtud de una ley³”, así dispone el Art. 11 de este texto legal, esto significa que, por regla general, en un “Parque Nacional de Turismo”, salvo en virtud de una Ley, no pueden ejecutarse actividades incompatibles con sus objetivos de protección, es decir, garantizar la vida de las especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje.

1.2 DECRETO SUPREMO N°531, DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, RATIFICA LA CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LA FLORA, LA FAUNA Y LAS BELLEZAS ESCÉNICAS, NATURALES DE AMÉRICA.

El Art. I del la Convención de Washington, ratificada por Decreto Supremo N°531 de 23 de agosto de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada en el Diario Oficial el 04 de octubre de 1967, define Parques Nacionales, como “*Las regiones establecidas para la protección y conservación de las bellezas escénicas naturales y de la flora y la fauna de importancia nacional, de las que el público pueda disfrutar mejor al ser puestas bajo la vigilancia oficial*”.

El artículo III de la citada Convención establece que “... *los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales*”.

Por consiguiente, los Parques Nacionales creados al alero de la Convención de Washington poseen las siguientes características:

- Son porciones de territorio colocados bajo vigilancia oficial;
- Sus objetos de protección son: a) las bellezas escénicas naturales; y, b) la flora y la fauna de importancia nacional;
- La explotación de sus recursos no puede hacerse con fines comerciales.

2 Rafael Valenzuela Fuenzalida, 1978, “La Protección Jurídica del Patrimonio Ambiental de las Islas Oceánicas Chilenas”, pág. 30.

3 Artículo 11 Ley de Bosques de 1931.

La Convención de Washington es Ley de la República a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, (1967) y a partir de ella se origina la creación de unidades de parques nacionales actualmente existentes en el País. Resulta necesario destacar que, el Estado al declarar estas unidades manifestó en forma implícita y explícita su disposición de proteger tales áreas, asumiendo ante la comunidad nacional e internacional el compromiso de dar cumplimiento a los objetivos de protección definidos en la propia Convención.

Los objetos de protección para los parques nacionales se encuentran delineados en los artículos I y III, de la aludida Convención, a saber:

Bien jurídico protegido: Las bellezas escénicas naturales, así como la flora y fauna de importancia nacional.

La finalidad de la protección: El disfrute, por parte del público, de las bellezas escénicas naturales y de la flora y fauna de importancia nacional existentes en el parque; y el solaz y la educación del público, de acuerdo a los fines que persigue la propia Convención.

Las restricciones asociadas al régimen de protección: Las riquezas existentes en los parques no deben ser explotadas con fines comerciales; prohibición de realizar la caza, matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora, a excepción de aquellas realizadas por la propia autoridad del parque o bajo su orden y vigilancia, con fines de investigación científica.

Se debe tener presente que en la época en la cual se redactó la Convención de Washington, año 1940, está marcado por una tendencia mundial preservacionista y de no intervención del medio ambiente, en que el concepto de desarrollo sustentable de la comunidad internacional y que contempla la LGBMA, aún no nacía, muy por el contrario, el desarrollo de normativa ambiental internacional posterior, tales como el Convenio Sobre Biodiversidad Biológica, que define lo que debe entenderse por “utilización sostenible”, se construye al amparo de una posición conservacionista, esto es, de utilización de los recursos naturales de manera sustentable, sin interferir con los derechos de las generaciones futuras.

Cabe precisar los países signatarios de la Convención de Washington y la fecha de ratificación: Argentina 05/19/41; Ecuador 10/12/40; Panamá 12/16/65; Bolivia 10/12/40; El Salvador 10/12/40; Paraguay 04/10/79; Brasil 12/27/40; Guatemala 04/09/41; Perú 10/12/40; Chile 01/22/41; Estados Unidos 10/12/40; República Dominicana 10/12/40; Colombia 01/17/41; Haití 04/29/41; Suriname 04/30/85; Costa Rica 10/24/40; México 11/20/40; Trinidad y Tobago 04/24/69; Cuba 10/12/40; Nicaragua 10/12/40; Uruguay 12/09/40; Venezuela 10/12/40.

Revisadas las legislaciones internas de los países signatarios de la Convención de Washington, es posible concluir que la mayoría de éstos, ha desarrollado normativa interna detallada en relación a áreas protegidas que ejecutan las disposiciones de la Convención; no obstante, salvo el caso de Argentina y Ecuador, no prohíben tajantemente la ejecución de proyectos en los parques nacionales, sino que establecen criterios más estrictos para su desarrollo, y dejan en manos de la evaluación ambiental la decisión final de aprobar o rechazar tales actividades, en atención a los impactos que produce sobre el medio ambiente y sus componentes.

1.3 EL DECRETO LEY N°1.939 DE 1977, DEL MINISTERIO DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN, SOBRE NORMAS DE ADQUISICIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES DEL ESTADO.

Esta norma se encuentra vigente desde el 10 de noviembre de 1977 y tiene por objeto, según declara, contar con las adecuadas herramientas legales para hacer un uso óptimo de los bienes del Estado, y derogar aquellas instituciones jurídicas caducas y crear un sistema racional, unitario y coherente de disposiciones, que se adapten a las actuales orientaciones del rol del Estado, y que puedan aplicarse armónicamente junto a las normas sobre regionalización del país⁴.

En este contexto, el artículo 15 dispone que las Reservas Forestales, Parques Nacionales y los terrenos fiscales, cuya ocupación y trabajo en cualquier forma comprometan el equilibrio ecológico, solo podrán destinarse o concederse en uso a organismos del Estado o a personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, para finalidades de conservación y protección del medio ambiente. Esta disposición compatibilizaría esta categoría de conservación, con la del concepto de la Convención de Washington, que establece que los parques nacionales no pueden ser explotados con fines comerciales.

Por su parte, el artículo 21 del D.L. N°1.939 faculta al Ministerio de Bienes Nacionales para declarar Reservas Forestales o Parques Nacionales en terrenos fiscales, a requerimiento y con consulta de los Servicios y entidades que tengan a su cargo el cuidado y protección de bosques y medio ambiente, la preservación de especies animales y vegetales y en general, la defensa del equilibrio ecológico.

Estos terrenos quedarán bajo el cuidado de los organismos competentes, y no podrán ser destinados a otro objeto, ni perderán la calidad de tal, sino en virtud de decreto del Ministerio de Bienes Nacionales, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura. Esta disposición difiere de lo estipulado en la Convención de Washington, toda vez que esta última establece que la modificación de límites, solo puede hacerse a través de una Ley, en cambio el DL N°1.939 permite alterar el objeto y la calidad de tal, del área por medio de decreto.

Este DL se refiere a simplemente a "Parque Nacional", no obstante que, a la fecha de su publicación, se encontraban vigentes las definiciones de Parque Nacional contenida en la Convención de Washington y de Parque Nacional de Turismo contenida en la Ley de Bosques.

1.4 LEY N°18.362 QUE CREA SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS DEL ESTADO.

La Ley N°18.362, publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1984, según sus fundamentos, tiene por objeto definir y precisar, a través de una norma de carácter nacional, las categorías de protección definidas originalmente en la Convención de Washington, y crear un sistema nacional para la administración de dichas áreas.

En efecto, la Ley que crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado (SNASPE) establece las mismas categorías que la Convención de Washington (Parque Nacional, Reserva Nacional, Monumento Natural y Reservas de Regiones Vírgenes), y establece definiciones con mayor nivel de detalle para cada una de ellas. No obstante, tales defi-

4 Dicho objetivo se establece en el Considerando del DL 1.939 de 1977.

niciones son en términos generales compatibles con aquellas que emanan de la Convención de Washington⁵.

Por su parte, el Artículo 33 es aclaratorio de conceptos, al establecer que *“Los actuales Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales integrarán, para todos los efectos legales, el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, conservando su calidad de tales. También integrarán dicho Sistema los Parques Nacionales de Turismo, las Reservas de Bosques y las Reservas Forestales existentes a la fecha de vigencia de esta ley, pasando los primeros a denominarse Parques Nacionales, y las dos últimas, Reservas Nacionales...”*. Con esto se pretendía unificar las denominaciones y ordenar la aplicación del régimen regulatorio pertinente.

La Ley define Parque Nacional⁶ y un aspecto relevante de la definición es la identificación del objeto de protección de esta categoría, **la preservación**, que -según la propia definición de la Ley N°18.362- consiste en la mantención de la condición original de los recursos naturales de un área silvestre, reduciendo la intervención humana a un nivel mínimo. Ello lo diferencia del concepto de **conservación**, que consiste en la gestión y utilización de la biósfera por el ser humano, de modo que se produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, pero asegurando su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras. La conservación comprende acciones destinadas a la preservación, el mantenimiento, la utilización sostenida, la restauración y el mejoramiento del ambiente natural: Existe por tanto una relación de género a especie entre ambos conceptos (conservación - preservación).⁷

Sin embargo, el artículo 32 de dicha Ley contempla la posibilidad excepcional de realizar acciones, obras o programas ajenos a la naturaleza de estas unidades de manejo, previo Decreto Supremo dictado por el Ministerio de Agricultura, fundado en razones de **interés nacional**. Exige además la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, *“que en cuanto a su elaboración, se ajustará a las normas que al respecto esta corporación establezca”*.

Además, esta norma establece prohibiciones para la ejecución de determinadas actividades en áreas silvestres en general, entre las que se pueden citar, Art. 25:

“... f) Ejecutar cualquier otra acción contraria a los objetivos de la categoría o unidad de manejo respectiva.

g) Remover o extraer suelo, hojarasca humus, turba, arena, ripio, rocas o tierra.

h) Intimidar, capturar, sacar o dar muerte a ejemplares de la fauna.

5 La Ley N°18.362 define áreas protegidas como, Art. 5 como “un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autopropetarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo”.

6 Concepto de Parque Nacional Art. 5 “un área generalmente extensa, donde existen diversos ambientes únicos o representativos de la diversidad ecológica natural del país, no alterados significativamente por la acción humana, capaces de autopropetarse, y en que las especies de flora y fauna o las formaciones geológicas son de especial interés educativo, científico o recreativo.

Los objetivos de esta categoría de manejo son la preservación de muestras de ambientes naturales, de rasgos culturales y escénicos asociados a ellos; la continuidad de los procesos evolutivos, y, en la medida compatible con lo anterior, la realización de actividades de educación, investigación o recreación.”

7 El concepto de preservación y conservación están contenidos en el Art. 2 de la Ley 18.362.

i) Cortar, arrancar, sacar, extraer o mutilar ejemplares de la flora...”

La Ley N°18.362 tiene su vigencia suspendida, toda vez que el artículo 39 de la misma establece que regirá a partir de la fecha en que entre en plena vigencia la Ley N°18.348, mediante la cual se crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables. A la fecha, y por razones administrativas⁸, aún no entra en vigencia.

**1.5 LEY N°19.300 SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE⁹ Y DS N° 95/01¹⁰
REGLAMENTO DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.**

La Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante LBGMA), destinada a regular el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, establece varias disposiciones relativas a las áreas protegidas, que incluyen a los Parques Nacionales.

El artículo 34 la Ley N°19.300 establece el concepto de un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas administrado por el Estado, estableciendo sus objetivos: a) asegurar la diversidad biológica; b) tutelar la preservación de la naturaleza; y c) conservar el patrimonio ambiental¹¹.

Dentro de los instrumentos de gestión ambiental que contempla la LBGMA, se encuentra el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA)¹², y sobre el particular, los artículos 8° y 10° de la Ley N°19.300 establecen, que aquellos proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental deberán someterse a Evaluación Ambiental, en el SEIA, previo a su ejecución. A este respecto, la letra p) del artículo 10 establece la posibilidad de ejecutar obras, programas o actividades, susceptibles de causar impacto ambiental en los Parques Nacionales, las que deben ser evaluadas ambientalmente. No obstante, esta misma disposición instituye una limitación, a saber, que dichas obras, programas o actividades solo podrán realizarse **“...en los casos en que legislación respectiva lo permita”**.

El alcance de la expresión **“...en los casos en que legislación respectiva lo permita”**, se interpreta en el sentido de que hay normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, que expresamente prohíben la ejecución de actividades en Parques Nacionales u otra áreas protegidas, por ejemplo, el Art. 38 del Reglamento de la Ley de Geotermia DS N°32 prohíbe expresamente la constitución de concesiones geotérmicas en Parques

8 No se ha promulgado el Decreto Supremo que pone término a la Corporación Nacional Forestal como una Corporación de Derecho Privado.

9 Modificada por la Ley 20.417 publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010.

10 El DS 95/01 modifica el DS N°30/1997 Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental original.

11 Debe entenderse que, en el hecho, existe un Sistema de Áreas Silvestres Protegidas, aún cuando la Ley 18.362 no ha entrado en vigencia, y que está constituido por unidades pertenecientes a diversas categorías, entre ellas, parques nacionales, parques nacionales de turismo, reservas nacionales, reservas forestales y monumentos naturales, todas ellas administradas por diversas institucionales del Estado.

12 De acuerdo a lo establecido en la letra j) del artículo 2° de la Ley N°19.300, la Evaluación de Impacto Ambiental es el procedimiento que “...determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”, siendo tales normas aquellas que regulan aspectos de carácter ambiental.

Nacionales, el Art. 158 de la Ley de Pesca, establece que las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura, también la misma norma señala que en los Parques Marinos y Reservas Marinas, no podrá efectuarse ningún tipo de actividad de explotación acuícola en los parques, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de observación, investigación o estudio. A este respecto, no es posible, incluir dentro de las prohibiciones el Art. III de la Convención de Washington, ya que no constituye una norma de aplicación directa en el ordenamiento interno, como se detallará más adelante.

La Corte Suprema, en el caso de la Mini Central Hidroeléctrica Palmar Correntoso, utiliza como fundamento principal para rechazar el recurso interpuesto, lo establecido en la letra p) del artículo 10 de la LBGMA, entendiendo que es posible ejecutar actividades en parques nacionales, si es precedido de una evaluación ambiental rigurosa.

Adicionalmente, el SEIA toma en consideración las áreas protegidas, para otros efectos, a saber, lo dispuesto en el Art. 11 literal d) de la LBGMA, establece como causal de ingreso de un proyecto, bajo la modalidad de Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA) *“Localización en o próxima a poblaciones, recursos, y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”*.

Asimismo, en el Artículo 9º, letra c) del Reglamento del SEIA (en adelante RSEIA), norma que vinculada al efecto a que se refiere el artículo 11.d) de la LBGMA, ordena considerar, para dimensionarlo, *“la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas protegidas o colocadas bajo protección oficial”*. Por otra parte, el artículo 12, letra f.5), al regular el contenido de un Estudio de Impacto Ambiental, referido al componente suelo, dispone que la descripción de éste debe incluir información acerca de *“si forma parte de un área bajo protección oficial”*.

Otra disposición importante para efectos de este trabajo, es el Art. 86 del RSEIA, Permiso Ambiental Sectorial para ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales, a que se refiere el artículo 17 N°2 de la Ley N° 18.248, Código de Minería, los requisitos para su otorgamiento y los contenidos técnicos y formales necesarios para acreditar su cumplimiento, se indican en dicha norma¹³.

13 *“...En el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según sea el caso, se deberán señalar las medidas que convenga adoptar en interés de la preservación de los lugares a intervenir, de acuerdo a:*

- a) *Las vías de acceso a las faenas mineras, transporte y movimientos de vehículos.*
- b) *El manejo y disposición de residuos.*
- c) *La utilización de agua, energía y combustibles y diseño paisajístico de las instalaciones.*
- d) *La restauración o reparación del área intervenida, en los casos que corresponda.*
- e) *Tratándose de labores de exploración o prospección minera, deberá además considerarse:*
 - e.1 *el reconocimiento geofísico, especificando los métodos a emplear, tales como magnetométricos, de polarización inducida, sistema de posicionamiento global u otros;*
 - e.2 *Ubicación, características y manejo de pozos de muestreo geoquímico;*
 - e.3 *tratándose de chips, canaletas, zanjas y trincheras, la especificación del tipo de marcación y el uso de marcadores biodegradables;*
 - e.4 *tratándose de catas, ubicación y dimensionamiento de las excavaciones;*

Todas estas disposiciones deben entenderse bajo el régimen restrictivo de intervención que admite la LBGMA, esto es, que se trate de proyectos o actividades a realizarse en tales áreas, cuando la legislación respectiva lo permita.

2 ESTATUTO JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES MINERAS

Las actividades mineras están reguladas fundamentalmente por tres cuerpos normativos. El primero de ellos es la Constitución Política de 1980 (en adelante CPR), la Ley N°18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, y la Ley N°18.248, Código de Minería.

2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

La Constitución Política de la República (en adelante CPR) en el Art. 19 N°24 establece el marco general de la regulación minera en nuestro país, partiendo de la base que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas.

Los predios superficiales quedan sujetos a las obligaciones y limitaciones que la Ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

La CPR entrega a la Ley Orgánica Constitucional determinar qué sustancias pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad, que constitucionalmente es fuertemente custodiado por la CPR de 1980.

2.2 LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE CONCESIONES MINERAS

La Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, N°18.097, publicada en el Diario oficial el 21 de enero de 1982, es el cuerpo normativo que desarrolla lo establecido en el Art. 19 N°24 de la CPR, y reitera las disposiciones constitucionales, en orden a reforzar que el titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política, y que la privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera, constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella.

El concesionario tiene la facultad exclusiva de catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión. Los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las

e.5 planificación, características y manejo de sondajes y plataformas, especificando, entre otros, el uso de carpetas y aditivos biodegradables;

e.6 Identificación y manejo de áreas de acopio de muestras;

f) Tratándose de labores subterráneas de exploración o prospección, se deberá, además, especificar las dimensiones de las galerías de avance y su distancia vertical, desde el techo de la galería hasta la superficie, los sistemas de fortificación, las áreas de acopio de estéril, la mineralogía de desmontes y la salida de aguas de minas.

servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras. Respecto de esas concesiones, los predios superficiales están sujetos al gravamen de ser ocupados en toda la extensión necesaria para trabajos mineros, mediando el respectivo pago al propietario por la constitución de la servidumbre.

2.3 LEY Nº 18.248 CÓDIGO DE MINERÍA Y SU REGLAMENTO.

La Ley Nº 18.248, Código de Minería, reitera lo establecido por la Ley Orgánica y la CPR, y además de ello, regula en mayor detalle el ejercicio de la concesión minera, la tramitación de ésta, y para los efectos que interesa a este trabajo, establece en el Art. 17 que, sin perjuicio de los permisos de que trata el artículo 15¹⁴, para ejecutar labores mineras en Parques Nacionales declarados como tales para efectos mineros, por Decreto Supremo que señale los deslindes, se requiere del permiso escrito del Intendente Regional. La infracción a esta norma, se sancionará con multa de una a cincuenta unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la indemnización debida por los daños que se causen y se concede acción pública para denunciar estas contravenciones.

Respecto al tema de interés, ejecución de actividades mineras en parques nacionales, cabe advertir que, dentro de las normas referidas a la constitución de la concesión minera, de exploración o explotación, según el caso, no se establecen restricciones en atención a las características físicas o geográficas del lugar sobre el cual se constituyen, la única y principal limitación es la existencia de otra concesión, y el establecimiento de determinados permisos para el ejercicio de ésta, según se establece en el Art. 17 Nº 2 ya citado.

En definitiva, el régimen jurídico minero permite la constitución de concesiones mineras en cualquier territorio, sin distinción de su categoría de Parque Nacional o similar, y en consecuencia, se permite la extracción de recursos en éstos, previa obtención de los permisos respectivos. Cabe dejar constancia que esta normativa entró en vigencia en el ordenamiento nacional, en fecha posterior a la Convención de Washington.

Por otra parte, el **Decreto Nº 1 Reglamento del Código de Minería**, en sus artículos 3 y siguientes, establece los antecedentes que se deben acompañar al presentar los permisos del Art. 17 del Código, y dentro de las consideraciones de la autoridad al resolver sobre éstos, se incluye que, podrá prescribir las medidas que convenga, en interés de la preservación de los lugares referidos en el artículo 17.

3 VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, existen una serie de regímenes normativos, además del minero, que contemplan el otorgamiento de un título concesional, que habilita a su titular para la ejecución de actividades dentro de un territorio determinado, sin distinguir si se trata de un área protegida o no. Tal es el caso del titular de la concesión eléctrica, por ejemplo, que autoriza a la constitución de servidumbres legales de tránsito, de acueducto, y de ocupación de inmuebles para servir al objeto al cual están destinados.

14 Se podrá catar y cavar, libremente, en terrenos abiertos e incultos, quienquiera sea su dueño, en los demás terrenos, será necesario el permiso escrito del dueño del suelo o de su poseedor o de su tenedor.

Todos estos regímenes especiales, (reguladores de la actividad eléctrica, gasífera, de exploración y explotación de derechos de aprovechamiento de aguas, entre otros) nacieron a la vida del derecho en fecha muy posterior a la vigencia en Chile de la Convención de Washington en Chile, 4 de octubre de 1967, con el objetivo de regular y fomentar actividades económicas específicas, estableciendo estatutos jurídicos detallados, que constituyeron un incentivo para el desarrollo de cada actividad, siendo el fomento de tales actividades económicas, el bien jurídico a tutelar. Por otro lado, el bien jurídico protegido en la Convención de Washington, la protección de la flora, la fauna, áreas protegidas y bellezas escénicas de América, cuya regulación es genérica, deja a cada Estado la dictación de las normas pertinentes para aumentar o crear los instrumentos necesarios que garanticen la protección del bien jurídico protegido y el cumplimiento de la obligación internacional.

De la simple lectura de la Convención de Washington, en especial de la prohibición contenida en el Art. III respecto a la prohibición de explotar las riquezas con fines comerciales, y las normas relativas al régimen, minero, eléctrico, o de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, podemos identificar una eventual contradicción normativa, en la cual, por una parte, se prohíbe la explotación de las riquezas existentes en los parques nacionales con fines comerciales, y por otra, el Art. 17 N°2 del Código de Minería, que establece la facultad o posibilidad cierta, de ejecutar actividades en tales áreas, siempre y cuando se obtenga permiso del Intendente para tales labores, y también, con otras normas que establecen la facultad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas en parques nacionales, por ejemplo, cumpliendo condiciones determinadas, o que entrega amplias potestades de emplazamiento para la infraestructura energética de redes y trazados.

La anterior disyuntiva, constituye el objeto principal de análisis este trabajo, resultando relevante considerar que los tratados o convenciones suscritas por Chile y que se encuentran vigentes, deben ser cumplidos por los Estados signatarios y que una norma internacional no puede afectarse en su validez por una norma interna, ello se deriva del principio de la buena fe y de cumplimiento de los compromisos adquiridos que constituyen principios de *ius cogens* codificados por la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados. El cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una Ley o una reforma constitucional posterior, porque las condiciones de validez del tratado vienen impuestas por el ordenamiento jurídico internacional.

Por tanto, para determinar si existe conflicto entre normas, es necesario analizar, la incorporación, vigencia y aplicación de la Convención de Washington, y específicamente su autoejecución por los órganos de la Administración del Estado.

3.1 VIGENCIA DE LA CONVENCION DE WASHINGTON

Para determinar si efectivamente existe una antinomia normativa y la forma de resolverla, se debe analizar la vigencia y aplicación de la Convención de Washington en el ordenamiento jurídico nacional.

Respecto de la vigencia, la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, como se señaló anteriormente, fue promulgada como Ley de la República el 23 de agosto de 1967 por medio del Decreto N°531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicada en el diario oficial, el 04 de octubre de 1967.

3.2 APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON

Para los efectos de la aplicación, se abordará la ejecutabilidad de los tratados internacionales en el derecho interno según el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República, la autoejecutabilidad de las normas contenidas en la Convención en estudio, y la aplicación concreta de ésta por los Tribunales de Justicia y los Órganos de la Administración del Estado.

3.2.1 EJECUTABILIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC) Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR).

Independiente de la teoría que se acepte, si dualista o monista¹⁵ de la incorporación de los tratados, es necesario determinar si un instrumento internacional que ha sido ratificado por el Presidente, previa autorización del Congreso, es aplicable de inmediato, es decir si una norma es autoejecutable o requiere de otra que lo implemente. Sobre este tema en particular podemos remitirnos a los pronunciamientos de los órganos del Estado, en especial el Tribunal Constitucional. Es así como se destacan los siguientes fallos:

El Fallo del Tribunal Constitucional Rol N°309 de fecha 04 de agosto de 2000 relativo al Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989, en el Considerando 48, indica que:

“48º..... 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 (el subrayado es nuestro).

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.”

Asimismo, el Tribunal Constitucional asevera que pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas autoejecutables y otros que solo contengan cláusulas no autoejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras. En el caso de los instrumen-

15 La teoría dualista o pluralista argumenta que el Derecho Interno y el Derecho Internacional Público son dos órdenes jurídicos diversos, y la validez que tienen las disposiciones de una rama en el otro campo del Derecho depende de la fuerza que cada ordenamiento le imprima. Consecuentemente, el juez nacional sólo puede aplicar las leyes internas, no así las normas internacionales, salvo que estas últimas hayan sido incorporadas o reproducidas por las autoridades nacionales o exista una disposición de su propio orden jurídico que lo autorice. La teoría monista plantea que tanto el Derecho Internacional Público como el Derecho Interno no son más que dos sectores dentro de un sólo sistema jurídico universal, de carácter unitario, esta norma estaría radicada en el Derecho Internacional Público, puesto que la juridicidad y la obligatoriedad de los ordenamientos jurídicos internos dependen de una norma positiva de Derecho Internacional Público, que entrega a los Estados la facultad de dictar sus ordenamientos jurídicos internos según la forma que les convenga.

tos internacionales que requieran de otras normas para ser ejecutados, dichas normas deberán ser conciliables con la Constitución y el ordenamiento interno en general.

En el mismo fallo citado, el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto de cláusulas que considera autoejecutables dentro del ordenamiento interno, a saber:

En efecto, el artículo 7 N°1, oración final, del Convenio N°169 dispone: *“Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”*. La sola lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable dice el Tribunal Constitucional, lo que infiere de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos *“deberán participar”*.

“7°. Que, por su parte, el artículo 6º, N° 1º, letra a), del tratado en estudio establece “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.”

Esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, por los términos perentorios en que se encuentra redactada y porque, la facultad de las comisiones legislativas para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo, es un procedimiento apropiado.

Otras cláusulas que el Tribunal Constitucional considera como no autoejecutables, y cuyo análisis será relevante para revisar la autoejecutabilidad de la Convención de Washington, son las siguientes:

“65º. Que para el análisis de esta infracción, resulta útil precisar que de la lectura de estos incisos del Convenio, se desprende que ellos son programáticos. En efecto, el número 1º expresa: “deberán reconocerse”, “deberán tomarse medidas”, “deberá prestarse particular atención”, “los gobiernos deberán”, “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional”, lo que permite concluir que tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado.”

“...esto es, que el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas, deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto...”

Otra norma que el Tribunal estima no autoejecutable es el Art. 15 del Convenio 169: Los requirentes indicaron que *“... el Art. 15 contraviene el artículo 19 N°24, incisos sexto a décimo, de la Constitución, por cuanto afecta el derecho del Estado sobre los yacimientos mineros, como también aquel que tienen quienes son titulares de concesiones mineras, al imponerles limitaciones a favor de grupos étnicos determinados que van a condicionar la explotación minera y a exigir compensaciones financieras...”*; el tribunal concluye que el texto del artículo 15 del Convenio, por los motivos expresados, especialmente por su naturaleza programática, no infringe, por sí mismo, la preceptiva constitucional; en relación al derecho de propiedad.

En mi opinión la posición del Tribunal, es en parte coherente con el resguardo constitucional, no obstante, desde una perspectiva del Derecho Internacional, es inconsistente, por cuanto, aun cuando una norma sea programática ello no implica que el Estado esté exceptuado de su cumplimiento, por lo que deberá tomar las medidas necesarias para su cumplimiento.

Otro Fallo del Tribunal Constitucional que es pertinente comentar en este trabajo, es el Rol N° 383 de fecha cinco de septiembre de dos mil tres, relativo al requerimiento formulado por diversos senadores con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del proyecto de acuerdo que aprueba la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belén, Brasil, durante el XXIV período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el cual respecto de la ejecutabilidad de los tratados indica que :

“En relación con el carácter no autoejecutable del precepto expone que en él se establece que todo Estado Parte adoptará “las medidas necesarias para establecer su jurisdicción”, es decir, impone a cada uno de ellos la obligación de utilizar sus potestades públicas para establecer la normativa necesaria que le dé eficacia. De este modo, la norma no es aplicable directamente, pues requiere de medidas internas para que así ocurra, razón por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no puede entrar en conflicto con la Constitución.”

Por otra parte, la Contraloría General de la República, respecto a la ejecutabilidad de los tratados internacionales sigue un criterio muy similar al Tribunal Constitucional, en el Dictamen N°61.817 de 26 de diciembre de 2006 a propósito de la aplicación del Tratado de Libre Comercio celebrado por Chile con Estado Unidos, reproduce en su totalidad la doctrina contenida los Considerando 48 y 49 del fallo N°309 del TC. Consecuencialmente, la CGR, en el citado dictamen concluye que la vigencia del instrumento internacional, aprobado por el Presidente de la República y por el Congreso, sería diferida para el momento en que dicho acuerdo fuera complementado por las normas legislativas necesarias para su adecuada ejecución, característica que, como se ha expuesto, es propia de las disposiciones de los tratados internacionales “no autoejecutables” que fue prevista en el propio tratado de que se trata, y que, en el caso particular, se materializó con la entrada en vigencia de las modificaciones incorporadas por la Ley N°19.996, por lo tanto antes de la vigencia de dicha norma, no podían aplicarse el Art. 17.10 del convenio internacional.

Como puede concluirse, la CGR y el TC siguen el mismo criterio de aplicabilidad de los tratados internacionales, distinguiendo según si las cláusulas son o no ejecutables por sí mismas.

3.2.2 EJECUTABILIDAD DE LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

De acuerdo a los criterios anteriores, entregados por el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República, se analizarán las disposiciones de la Convención de Washington.

El Art. I de la Convención contiene las definiciones de Reserva Nacional, Parque Nacional, Monumentos Naturales, Reservas de Regiones Vírgenes, y Aves Migratorias. Cabe destacar que al momento de publicación de la Convención no existía en el ordenamiento interno el concepto de “Parque Nacional” ni el de “Reserva Nacional”, sino el de Parque Nacional de Turismo, Reserva Forestal y Reserva de Bosques, recién con la dictación y publicación del DL N°1.939 en 1977, se utilizan estas expresiones.

En lo que respecta a los Monumentos Naturales, estos se encuentran definidos en el Art. I N°3 de la Convención, como “*Las regiones, los objetos o las especies vivas de los animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta. Los Monumentos Naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales*”. Esta definición, en sí misma no es autoejecutable, por cuanto, requiere de una norma posterior que identifique la especie o área protegida y el régimen de protección al cual se sujetará, esto fue lo que ocurrió en la normativa interna.

Una manifestación de lo anterior, son los Decretos N°43/1990 que declara Monumento Natural a la Araucaria Araucana, el Decreto N°490/1976 que declara Monumento Natural al Alerce y el Decreto N°13/1995 que Declara Monumento Natural el Queule, Pitao, Belloto del Sur, Belloto del Norte y Ruil, estas normas, han identificado la especie protegida, y no solo han ejecutado el concepto de la categoría como tal, sino que han establecido el régimen regulatorio de intervención de la especie, aún más se ha dictado una norma complementaria a dichos decretos, que viene a ampliar los casos en que es posible la alteración e intervención de éstas, el Decreto Supremo N°674, publicado el 05 de noviembre de 2009, del Ministerio de Agricultura, que permite excepcionalmente a la Corporación Nacional Forestal a autorizar la intervención o alteración del hábitat de individuos de las especies forestales indicadas en los dichos decretos (N°43, N°490 y N°13), y que formen parte de un bosque nativo, siempre que tales intervenciones se realicen de conformidad con lo preceptuado por los artículos 7° y 19 de la Ley N° 20.283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal¹⁶.

El Art. II establece obligaciones de los Estados contratantes referidos a la creación de estas áreas, dejando la efectividad de dicho compromiso sujeto a las condiciones y circunstancias de cada uno de los estados partes.

El Art. III que es de principal interés de este trabajo, y que se reproduce a continuación, contempla obligaciones para los estados partes en relación a los parques nacionales.

“ARTICULO III

Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.

16 El Decreto N°674 fue derogado mediante Decreto del Ministerio de Agricultura N°402 de 2010.

Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo la vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas.

Los Gobiernos Contratantes convienen además en proveer los parques nacionales de las facilidades necesarias para el solaz y la educación del público, de acuerdo con los fines que persigue esta Convención.” (el subrayado y destacado es nuestro).

Del texto anterior se deduce que las obligaciones derivadas del artículo III para el Estado Chileno son:

- Que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada sino por acción de la autoridad legislativa competente.
- Que las riquezas existentes en parques nacionales no se explotarán con fines comerciales.
- Que los Estados deben prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo la vigilancia de las mismas, o para investigaciones científicas debidamente autorizadas.
- Que los Estados deben proveer los parques nacionales de las facilidades necesarias para el solaz y la educación del público.

En mi opinión, cada una de estas disposiciones contienen obligaciones para el Estado, que deberán ser cumplidas por medio de leyes, decretos o reglamentos según corresponda y por los órganos del Estado con las competencias pertinentes, pero no imponen directamente a particular o persona natural del Estado de Chile, ninguna obligación de cumplimiento inmediato, a partir de la vigencia de la Convención.

No obstante, si se revisan tales compromisos a la luz de la normativa chilena que ha tenido su origen en el Poder Legislativo, o en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, podemos indicar que la mayoría de los incisos del Art. III han sido desarrollados internamente por medio de normas, salvo la prohibición de explotar las riquezas y lo que respecta a los límites de los parques.

En relación a la alteración de los **límites de los parques nacionales**, con posterioridad a la vigencia de la Convención de Washington, el Decreto Ley N°1.939/1977 sobre Normas de Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, en el Art. 21 establece que el Ministerio de Bienes Nacionales con consulta o a solicitud de servicios o entidades que tengan a su cargo el cuidado y protección de los bosques y el medio ambiente, o en general la defensa del equilibrio ecológico, podrá declarar Reservas Forestales o Parques Nacionales a aquellos terrenos fiscales necesarios para esos fines, y que una vez declarados no podrán ser destinados a otro objeto ni perderán esa calidad, sino en virtud de **Decreto** del Ministerio. Esta disposición es una manifestación del carácter no autoejecutable de la Convención, ya que ésta, establece que los límites de los parques nacionales, solo pueden ser alterados por acción del **Poder Legislativo**, materia que no corresponde a dominio legal según el Art. 63 de la CPR. Asimismo, el D.L N°1.939 establece que la destinación de los inmuebles declarados parques, pueden ser

modificadas a través de un Decreto. En el mismo sentido se establece en el art. 8 de la Ley (no vigente) N°18.362 que crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Como se ha señalado, la primera parte de este inciso del Art. III de la Convención, permite afirmar que la Convención no es autoejecutable en dicha parte, por cuanto, para dar cumplimiento a ésta, no solo se requeriría de la dictación de una Ley, sino de la modificación del Art. 63 de la CPR, que establece las materias de dominio legal, dentro de cuya lista no se encuentra la modificación de los límites de los parques nacionales, trámite que por cierto, sería engorroso para disminuir los límites, como para ampliarlos, transformando de ese modo a los parques nacionales en áreas congeladas legalmente y por tanto perjudicial para los fines de conservación de áreas de estas características

La **prohibición de caza, matanza y captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales** contenido en el inciso segundo del Art III de la Convención, se ha recogido e implementado por medio de la Ley N°19.473, Ley de caza, que sustituye la Ley N°4.601, de 27 de septiembre de 1996, la cual en su Art. 7 prohíbe la caza o captura en parques nacionales, y aún más, establece excepciones, no contenidas en la Convención, como es la posibilidad de autorizar la caza o captura para fines científicos, para controlar la acción de animales que causen graves perjuicios al ecosistema, para establecer centros de reproducción o criaderos, o para permitir una utilización sustentable del recurso.

La disposición de protección, referida a la flora, se encuentra en la Ley no vigente, N°18.362, en el DS N°75 de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento para la Clasificación de Especies de Flora y Fauna Silvestres, los posteriores decretos que establecen las correspondientes clasificaciones,¹⁷ disposiciones pertinentes del RSEIA (art. 6 letra m) y la Ley N°20.283 de Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal, entre otras, por tanto tal prohibición cuenta con aplicación normativa.

En lo relativo al compromiso de destinar y entregar las facilidades necesarias para que los parques nacionales se constituyan en un lugar de disfrute y de educación del público, si bien no se han dictado leyes o reglamentos, la Política Nacional de áreas Protegidas¹⁸, recoge dicho objetivo, por lo que puede estimarse que se ha implementado y se encuentra en constante proceso de cumplimiento. La Ley N°18.362 justamente contempla normas que aluden a este compromiso. Otra manifestación de lo señalado, es que aquellos proyectos relacionados con el turismo en parques nacionales, han sido aprobados en el SEIA.

Finalmente, en relación a la **prohibición de que las riquezas existentes en parques nacionales no puedan ser explotadas con fines comerciales**, no existe disposición legal o reglamentaria, además de la Convención de Washington, que detalle el contenido de tal restricción o la establezca en forma más clara. Una primera interpretación

17 Se pueden citar: DS N° 151/07, DS N°50/08, DS N°51/08, y DS N°23/09.

18 La Política fue elaborada por el Directorio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, compuesto por: Subsecretaría de Bienes Nacionales; Subsecretario de Pesca; Subsecretario de Minería; Director Ejecutivo de la Corporación Nacional Forestal (CONAF); Director Nacional de Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR); Directora Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA); con la contribución de instituciones públicas, organizaciones del mundo privado, académicos, organizaciones No Gubernamentales, y pueblos originarios de todas las regiones del país, fue aprobada por el Consejo Directivo de CONAMA, en sesión del 27 de diciembre de 2005.

indica que ningún tipo de recurso puede ser extraído con fines de lucro, no obstante, esta interpretación no se condice con el hecho de que existe una serie de actividades o proyectos de inversión lucrativos, autorizados por los órganos del Estado competentes, que han permitido la realización de actividades y la extracción de recursos en Parques Nacionales, como también la constitución de derechos de diversa naturaleza en estas áreas. Una muestra de lo anterior la constituyen aquellos proyectos que, emplazándose en parques nacionales han sido aprobados en el SEIA.

Por lo antes expuesto, se puede concluir que, el Estado Chileno ha implementado legal y reglamentariamente alguno de los contenidos del art. III, sin embargo, la prohibición de extracción de riquezas no puede ejecutarse directa e inmediatamente, mientras no cuente con una Ley o reglamento que la ejecute, precise su contenido y alcance, y por tanto resuelva los eventuales conflictos con derechos adquiridos o válidamente constituidos sobre dichas áreas, tales como concesiones mineras, eléctricas, derechos de aprovechamiento de aguas, por ejemplo.

Si se continúa el análisis de los artículos siguientes de la Convención, es claro que cada uno de ellos genera obligaciones directas para el Estado, sin embargo en cada uno de ellos puede afirmarse que la oportunidad de cumplimiento del compromiso internacional, dependerá de las capacidades de cada Estado, e inevitablemente, de la intervención del aparato legislativo de cada uno de ellos.

A modo de ejemplo, del carácter no autoejecutable del Convenio, el Art. IV dispone “... mantener las reservas de regiones vírgenes inviolables en tanto sea factible...”; el Art. V “... convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos competentes, la adopción de leyes y reglamentos que aseguren la protección y conservación de la flora y fauna dentro de sus respectivos territorios...” “...Los Gobiernos Contratantes convienen en adoptar o en recomendar a sus respectivos cuerpos legislativos la adopción de leyes que aseguren la protección y conservación de los paisajes”; el Art. VII dispone “Los Gobiernos Contratantes adoptarán las medidas apropiadas para la protección de las aves migratorias de valor económico o de interés estético...”; el Art. VIII “La protección de las especies mencionadas en el Anexo a esta Convención es de urgencia e importancia especial. Las especies allí incluidas serán protegidas tanto como sea posible...”.

Dentro de los Artículos que consideran un mayor desarrollo de la obligación que contiene, se encuentra el Art. IX referida a la reglamentación de las importaciones, exportaciones y tránsito de especies protegidas, no obstante deja en manos de la normativa interna de cada Estado la regulación particular.

Del análisis de las disposiciones anteriores se puede concluir que se trata de normas en su mayoría, no autoejecutables, es decir, entran en vigencia pero no otorgan un derecho exigible inmediatamente, sino que imponen un deber de actuación del Estado, a modo de ejemplo, en la Convención de Washington los Arts. II, III, IV, V, VII; VIII y IX. Por el contrario, las normas autoejecutables son normas de aplicación inmediata y directa por la sola entrada en vigencia del Convenio Internacional. En el caso del Convenio N°169 OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, se puede citar como ejemplo de norma autoejecutable, por cuanto contiene la claridad y precisión suficiente para entrar en vigencia, no requiere de manera indispensable un desarrollo normativo posterior y establece un derecho exigible en forma inmediata, que además, coincide plenamente con disposiciones constitucionales relativas a la igualdad y no discriminación por motivos

de raza, el Art. 3 N^o1 “*Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación*”.

Varias normas han contribuido a la implementación, ejecución y cumplimiento de la Convención de Washington, las cuales han desarrollado en parte, los compromisos contenidos en el Art. III de la Convención.

Sin considerar el Decreto Supremo N^o4.363 Ley de Bosques de julio de 1931, cuya vigencia es anterior a la vigencia de la Convención de Washington, se puede mencionar la Ley N^o19.473 de Caza, que contiene la prohibición de caza y captura de fauna ya detallada anteriormente, y el DS N^o430 Ley de Pesca, que en Art. 67 establece que para fijar las áreas aptas para la acuicultura se considerará la existencia de Parques Nacionales. Asimismo, el Art. 158 prohíbe las actividades pesquera extractiva y de acuicultura en las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado, sin detallar la categoría, y el Art. 159 indica que deberá consultarse previamente a la Subsecretaría, para los efectos de la declaración de parques nacionales, monumentos naturales o reservas nacionales que hayan de extenderse a zonas lacustres, fluviales o marítimas. Todas estas normas constituyen disposiciones que ejecutan parte del texto de la Convención.

Otra norma, que contribuye a la ejecución del Art. III de la Convención, es el D.S N^o47 Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en el Art. 2.1.18 en el cual se consideran a los parques nacionales como áreas de valor natural que pueden ser recogidos dentro de los instrumentos de planificación territorial, y en los que es posible restringir la edificación, y el DL N^o1.939 de octubre de 1977, que si bien no es totalmente coincidente en lo que respecta a la alteración de los límites de los parques nacionales, utiliza el concepto y la expresión contenidos en la Convención y estatuye un régimen de creación y fomenta la mantención del objetivo de protección de estas áreas.

Importante para la materia que se analiza es la Ley N^o18.362, que a pesar de no encontrarse vigente, es la única Ley a nivel nacional que específica y orgánicamente regula las áreas protegidas, tal como se hace en otras legislaciones que también suscribieron la Convención. Aún más, bajo la misma lógica de otros países, deja en manos de la entidad competente, la elaboración de un Plan de Manejo, para cada unidad de manejo, en concordancia con la categoría de cada una de ellas. Asimismo, es de relevancia destacar que el Art. 13 establece que “...*El Reglamento fijará las normas generales para cada categoría de manejo y establecerá, asimismo, las materias y actividades que deberán contemplar tales planes*”. Al igual que los demás países que suscribieron la Convención de Washington, la Ley entrega a un reglamento posterior la regulación detallada de cada categoría de manejo, y de los planes con los cuales debe contar.

Una disposición importante de esta Ley la constituye el Art.25 inciso final que reitera la prohibición del Art. III de la Convención, al señalar “*Los bienes provenientes de Reservas Vírgenes, Parques Nacionales y Monumentos Naturales no podrán ser comercializados*”. Esta es una prohibición amplia en comparación a la contenida en la Convención, que solo se limita a los parques nacionales, pero contempla excepciones en el Art. 32 al señalar que en las unidades de manejo no se podrán ejecutar obras, programas o actividades distintas de las contempladas en los respectivos planes de manejo, no obstante faculta al Ministro de Agricultura, para que mediante decreto supremo fundado en razones de interés nacional, pueda autorizar la ejecución de determinadas obras,

programas o actividades. Similar criterio de intervención es el contenido en el Art. 19 N°20.283 de Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal.

Expuesto lo anterior, se puede concluir que ninguna norma vigente, dictada con posterioridad a la vigencia de la Convención implementa o detalla la prohibición de extraer riquezas con fines comerciales en los parques nacionales, y por tanto, este hecho es una manifestación de que tal prohibición es norma no autoejecutable, y requiere de otra que la ejecute, lo cual se detalla a continuación.

3.2.3 CARÁCTER NO AUTOEJECUTABLE DEL ARTÍCULO III DE LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON.

La Convención de Washington, si bien, se encuentra plenamente vigente, de acuerdo al ordenamiento jurídico, sus disposiciones son en esencia programáticas y no autoejecutables, como ocurre especialmente con la prohibición establecida en el Art. III respecto de la explotación de las riquezas existente en los parques nacionales.

Las normas “self executing” o autoejecutables, son aquellas que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho; las normas “non self executing” o no autoejecutables, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y precisen, e imponen una obligación al Estado, para que elabore la normativa necesaria para dar vigencia efectiva a su contenido¹⁹. Los fallos del Tribunal Constitucional respecto al Convenio 169 de la OIT, resultan relevantes para el análisis y conclusión que se plantea en este trabajo, ya que entregan elementos de juicio necesarios para arribar a esta afirmación.

Los argumentos jurídicos que permiten afirmar que la prohibición de explotación de riquezas de los parques nacionales, es una cláusula de aquellas, no autoejecutable, y por tanto no exigible directamente a los particulares son entre otros, los siguientes:

- a. La redacción del Art. III impone un mandato, un deber al Estado contratante respecto a la regulación de los “*parques nacionales*”, en relación a los límites, la explotación de las riquezas, la prohibición de caza, matanza y captura de especímenes de fauna y recolección de ejemplares de flora. A la fecha de publicación de este Tratado- 1967 -en la normativa interna de áreas protegidas, no existían los “parques nacionales” sino, los denominados “parques nacionales de turismo” de la Ley de Bosques N°4.363/31, por tanto para la aplicación de este convenio, era necesaria una norma que incorporara esta nueva categoría, o bien, una norma que asimilara esta clase a la existente en el ordenamiento²⁰. La necesidad de esta aclaración ha sido considerada incluso en la Ley N°18.362 no vigente, que en el Art. 33 se hace cargo expresamente, de unificar los conceptos de parques nacionales de turismo, pasando a denominarse simplemente parques nacionales, en el caso de las reservas de bosques y reservas forestales, a denominarse reservas nacionales. Este es un primer indicio de que la Convención de Washington no es autoejecutable y requiere de precisión previa de conceptos para poder ser aplicada.

19 “Convención Interamericana de Derechos Humanos, como Derecho Interno”, de Eduardo Jimenez Arechaga página web <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/7/dtr/dtr2.pdf>

20 El DL 1.939 de 1977, viene por primera vez a hablar del concepto de “Parques Nacionales”.

- b. Respecto del Art. III en particular, no contiene la precisión necesaria para ser aplicada, por cuanto, no se conoce el alcance de dos conceptos fundamentales, a saber, que se entiende por “riquezas” y que se entiende por “finés comerciales”. Bajo el primer concepto podría entenderse desde el paisaje, hasta el viento, o bien, restringidamente aplicarse a todo aquello que existe en la superficie de éstos, sin incluir el subsuelo; no queda claro tampoco, el contenido de la expresión “finés comerciales”, si se interpreta ampliamente, no pueden ejecutarse actividades turísticas de solaz dentro de un parque nacional, si éstas se realizan con fines comerciales, como sería las actividades de tour guiado, en que se explota el paisaje y se paga por ello una suma de dinero. Por tanto la disposición carece de la claridad y alcance necesario para ser aplicado directamente en el ordenamiento nacional.
- c. Un antecedente que apoya las ideas anteriores, es que, en el Derecho Comparado, todos aquellos países que suscribieron la Convención de Washington, han dictado en sus ordenamiento internos, leyes de áreas protegidas y el respectivo Reglamento para esta norma, en la cual, recogen no solo los conceptos contenidos en el Art. I de la Convención, sino que también, desarrollan las prohibiciones contenidas en ésta. Un ejemplo de esto es la legislación de áreas protegidas de Colombia y Perú, que contemplan dentro del ordenamiento la figura de parque nacional, en términos muy similares a la CW; no obstante, la primera no prohíbe expresamente la explotación de recursos en los parques a diferencia de la segunda, que lo prohíbe explícitamente. Siguiendo la misma línea de las demás legislaciones, en Chile se dictó la Ley N°18.362 que Crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, que también contempla la dictación de un Reglamento posterior, sin embargo dicha norma está pendiente en su vigencia a la espera de que entre en vigencia la Ley N°18.348 que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables. La necesidad de dictación de esta norma, ratifica el carácter de no autoejecutable de la CW, ya que justamente desarrolla su contenido e incluso conserva la prohibición del Art. III, estableciendo las salvedades que se indican en el art. 32 de la Ley N°18.362.
- d. El carácter de no autoejecutable de la mayoría de las disposiciones de la Convención, tal como se analizó en el capítulo respectivo, se hace más claro, en el caso de los Monumentos Naturales, que establecidos en la Convención, han requerido de una norma jurídica que los desarrolle; para cada caso se ha dictado el decreto creador del Monumento y se fija su régimen, tales como el DS N°43/1990 que declara Monumento Natural a la Araucaria Araucana, el Decreto N°490/1976 que declara Monumento Natural al Alerce y el Decreto N°13/1995 que Declara Monumento Natural el Queule, Pitao, Belloto del Sur, Belloto del Norte y Ruil. Estas normas, han regulado cada especie, y no sólo ha ejecutado el concepto, la categoría como tal, sino que ha establecido un régimen de intervención menos estricto de lo señalado en el tratado internacional.

A mayor argumentación, cabe resaltar, que se ha dictado el Decreto Supremo N°674, publicado el 05 de noviembre de 2009 (derogado el año 2010 mediante Decreto N°402, del Ministerio de Agricultura) el que viene a confirmar el carácter de no autoejecutable de la Convención, y complementa los decretos ya citados N°43, N°490 y N°13, y en consecuencia ampliando las causales de intervención de estas especies, según lo señalado en el Art. 19 de la Ley N°20.283 de Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal; si la Convención fuere autoejecutable en sí misma, hubiere

- bastado la declaración de una especie como Monumento Natural, sin necesidad de agregar régimen complementario alguno, como ocurre actualmente.
- e. Otra manifestación de no autoejecutividad de las disposiciones de la CW, es que existen dentro del ordenamiento jurídico normas que han debido desarrollar el contenido de ésta. Se pueden mencionar a modo ejemplar, la Ley de Caza, N°4.601, que reitera la prohibición de caza de especies de fauna silvestre de la Convención, y el Art. 67 de la Ley de Pesca que obliga a la autoridad, a que en la determinación de las áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura se tome en consideración la existencia de parques nacionales, o bien, el Art.158 de la misma Ley, que señala que las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura. Todas estas normas vienen a precisar el contenido de la Convención y a darle aplicación a las normas programáticas que contiene.
 - f. Otro claro ejemplo de la no ejecutabilidad de la Convención, es la primera parte del inciso segundo del Art. III citado, *“Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente”* (el subrayado es nuestro). Por el sólo hecho que, dentro de las materias que la Constitución Política ha entregado a la reserva legal (Art. 63 CPR) no se encuentra la fijación o alteración de los límites de los parques nacionales. Por tal, razón, regulan dentro de nuestro ordenamiento jurídico esta materia, el Art. 21 DL N°1.939, que estableció que el objeto de los predios destinados a parques nacionales (cabe hacer notar que utiliza la misma expresión de la Convención) puede ser modificado por medio de un simple decreto del Ministerio de Bienes Nacionales, con informe previo del Ministerio de Agricultura y los Arts. 8 y 10 de la Ley N°18.362 de similar contenido en lo que respecta a la modificación de los límites prediales. La no autoejecutabilidad del tratado y la efectiva vigencia del DL es tan evidente, que existe en el Congreso una moción ingresada el año 2008, *“Establece Reforma Constitucional que Incorpora el Cambio de Límites, la Enajenación y la Desafectación de Parques Nacionales dentro del Dominio Legal, adecuando la Legislación interna a la Convención para Protección de La Flora, Fauna y Las Bellezas Escénicas Naturales de América”* Boletín 5974-07, que se encuentra en el primer trámite constitucional, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.²¹ La modificación propuesta justamente busca ejecutar el contenido de la Convención, si ésta fuera autoejecutable, no sería necesaria la modificación planteada.
 - g. Otra muestra de no autoejecutabilidad del Art. III de la Convención, y por tanto de la aplicación de las disposiciones del Código de Minería y del Art. 86 del RSEIA, sobre la materia en estudio, es que dentro de nuestra normativa interna, cuando así ha sido la voluntad del legislador, se ha acogido expresamente esta prohibición, tal es el caso del Art. 18 del Reglamento de la Ley de Energía Geotermia N°19.657, que ha prohibido la constitución de concesiones de geotermia en parques nacionales, y la Ley de Acuicultura DS N°430, en la forma señalada, lo que no ha ocurrido en otro tipo de normativas especiales, como la legislación minera, la normativa eléctrica,

21 Moción presentada por los Diputados Enrique Acorsi, Marco Enríquez, Álvaro Escobar, Fidel Espinoza, entre otros.

las normas reguladoras de los derechos de aprovechamiento de aguas, entre otras, ninguna de las cuales, establece prohibiciones al efecto.

- h. Finalmente, revisando la aplicación de otros convenios internacionales, se puede concluir que la Convención de Biodiversidad, Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES), Convención de Ramsar, Convenio de Basilea, han requerido de instrumentos normativos internos para su aplicación, de otra manera, se transforman en normas programáticas.

A modo de ejemplo, se puede citar Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal Relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono. El Convenio de Viena fue adoptado en 1985 y tiene por objeto la promoción y cooperación de las partes por medio de observaciones sistemáticas, investigación e intercambio de información concerniente al impacto de las actividades humanas sobre la Capa de Ozono y a la adopción de medidas legislativas y administrativas contra las actividades que puedan acarrear efectos negativos sobre ésta. El Protocolo por su parte, es un acuerdo internacional cuyo objetivo es limitar, controlar y regular la producción, el consumo y el comercio de las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono (SAOs), entró en vigencia en 1989 y, desde entonces, Chile ha cumplido con los calendarios de reducciones de las SAOs, cuya última finalidad es la eliminación total de éstas.

Para una mayor reducción -que permita llegar al 100%, ha sido necesaria en Chile la dictación de la Ley Ozono, Ley N°20.096 de Marzo 2006, y el Decreto N°37, ambos de Ministerio Secretaria General de la Presidencia, (MINSEGPRES). La Ley establece mecanismos de protección y evaluación de los efectos producidos por el deterioro de la capa de ozono, y faculta el establecimiento de controles a las importaciones, producción y utilización de las sustancias controladas por el Protocolo de Montreal; el Decreto N°37 establece normas aplicables a las importaciones de las SAOs, los volúmenes máximos de importación y los criterios para su distribución. Las medidas legislativas adoptadas para la implementación y aplicación del Convenio, ha sido lo que permite su cumplimiento, de otra forma el Convenio se transforma en programático, como ocurre con la Convención de Washington.

3.2.4 APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA Y ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Existen diversas manifestaciones de la aplicación de este Convenio por los órganos administrativos y por los Tribunales de Justicia. Una de las formas de ejecución de este Convenio ha sido a través de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en virtud del cual se ha declarado Monumento Natural a La Araucaria y el Alerce, entre otras especies, considerando que es la única norma que contiene esta categoría legal, en el Art. I del Tratado, y en la Ley no vigente N°18.362 que también se refiere a los monumentos naturales.

1. Tribunales de Justicia

Al respecto, los Tribunales de Justicia se han pronunciado específicamente, y con ello, han dado aplicación a la Convención, dentro de nuestro ordenamiento, y se pueden citar los siguientes fallos:

Fallo de la Corte de Suprema Rol 16.743 de 7 de agosto de 1984 “Copropietarios Comunidad del predio Galletué con Fisco de Chile”: en este caso la demanda fue interpuesta por los copropietarios del predio Galletué en contra del Fisco, debido a la prohibición de corta del Monumento Natural Araucaria Araucana, dado que el predio contaba con este tipo de especies, cuyos propietarios se disponían a explotar al momento en que se dictó el decreto N°29 que declara a la especie como tal y establece tal prohibición.

El fallo de la Corte Suprema es relevante en diversos sentidos, en lo que interesa a este trabajo, ya que reconoce a la Convención de Washington como norma aplicable dentro del ordenamiento jurídico y al DS N°29 como una forma de ejecutar tal Ley. Además, declara la Corte que no parece equitativo que dicha prohibición, del todo fundada, sea soportada únicamente por estos propietarios sin que obtengan por ello una indemnización del Estado, sumado a una serie de disposiciones constitucionales que acogen dicho criterio de equidad.

Otro fallo relacionado con el Monumento Natural Araucaria, es el de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6.828 de 21 de noviembre de 2003, “Sociedad Lolco Limitada con Fisco de Chile”. En este caso la Corte ordena el pago de una indemnización por parte del Fisco de Chile, por aquellas cortas de Araucarias que no podrán ser explotadas a causa de la dictación y vigencia del DS N°43 que declara Monumento Nacional a la Araucaria, y que contaban a la fecha de entrada en vigencia de este Decreto, con plan de manejo aprobado por CONAF. No obstante, se excluye de la indemnización aquella parte que no contaba con plan de manejo para ser explotada.

Uno de los argumentos de la Corte para acoger esta demanda, se basa en que a pesar de la función social de la propiedad, no puede conducir al intérprete a sostener que los intereses particulares deben soportar las limitaciones derivadas de la función social, porque ello conduciría a que los actos en razón del interés general signifiquen limitaciones a la propiedad que deberían ser asumidas, sólo por el privado y no por el Estado; asimismo, señala que no se advierte razón de equidad alguna, por la cual se pueda imponer al actor la carga y liberar al Estado de la obligación de indemnizar la lesión patrimonial. En lo que interesa la Corte reconoce a la Convención de Washington como norma de rango legal aplicable, la que se ejecuta por medio del Decreto Supremo N°43, al cual reconoce como legítimo.

Cabe mencionar otro fallo que versa sobre la misma materia, pero con resultado diverso: es el fallo Rol 158-90-P de la Corte de Apelaciones de Temuco, confirmada por la Corte Suprema, que rechaza el recurso de protección interpuesto por Mario García Sabugal en contra del Ministro de Agricultura, por la dictación del DS N°43, que declara Monumento Natural a la Araucaria, el recurso se rechaza por defectos formales y porque el recurrido no es el sujeto de quien emanó el acto. En este fallo resulta interesante destacar el reconocimiento de la Corte a la Convención de Washington como Ley de la República y al DS N°43 como un acto que la ejecuta, sobre la base de los cuales puede limitarse el derecho de propiedad, descartando la ilicitud de ambos textos normativos.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en Recurso de Protección Rol N°3356-91, interpuesto en contra del Decreto Supremo N°56 de 7 de mayo de 1991 del Ministerio de Agricultura, que creó la Reserva Nacional Lago Galletué, en la comuna de Lonquimay, provincia de Malleco. Respecto de dicho Decreto interponen recurso tres personas debido a que sus predios han quedado comprendidos dentro de la Reserva, sin mediar reparación o compensación alguna, lo que afecta una de las facultades inherentes al

derecho de dominio. El fallo se basa en que las reservas nacionales, son creadas bajo el amparo de la Convención de Washington, que el área que se busca proteger contiene un habitat significativo de especies dentro de la cual se encuentra la Araucaria Araucana, declarada monumento natural. En definitiva concluye que si bien la reserva implica una limitación en las facultades del dominio, ello se ha hecho en razón de un interés general de la nación, lo cual es permitido por la norma constitucional.

Se destaca también, un fallo en que se ha dado aplicación a la Convención de Washington como norma autoejecutable: es el caso del Proyecto de Extracción de Agua en Lago Chungará – Parque Nacional Lauca, en que la Corte define medio ambiente, que a esa fecha no contaba con una definición legal, y además aplica de manera directa la prohibición de la Convención de Washington en relación al uso de los parques nacionales.

Cabe mencionar el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 18 agosto de 2010, que acoge la reclamación presentada por la Corporación Nacional Forestal, quien reclama por el rechazo de la Dirección Regional de Aguas, a una oposición presentada por ésta, a la solicitud de un derecho de aprovechamiento de aguas en el Río Chaiquil, al interior del Parque Nacional Chiloé. La Corte acoge la reclamación dando aplicación directa y concreta a la prohibición del Art. III de la Convención de Washington, y en resumen expresando lo siguiente: **“NOVENO:** *Que, si se atiende a los propósitos perseguidos por el solicitante del derecho de aprovechamiento de las aguas del río Chaiquil, señaló que el uso del caudal es para fines hidroeléctricos, esto es, en último término, fines comerciales, puesto que la energía que producirá será entregada a cambio de pagos por parte de los beneficiarios y devengará además utilidades por parte del Estado, a través de los impuestos correspondientes. Estas circunstancias la dejan entre aquellas situaciones de exclusión comprendidas en la disposición III de la Convención de Washington, transcrita en el apartado Séptimo de esta sentencia. (Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales)”*. La aplicación de la Convención es fundamentada además, por el fallo de la Corte Suprema en el caso del Proyecto de Extracción de Agua en Lago Chungará – Parque Nacional Lauca.

Con este mismo sentido y argumentos, existen una serie de fallos de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt²²; no obstante, la misma Corte, rechazó los diversos recursos de protección interpuestos en contra de la Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto Hidroeléctrica Aysén, aún cuando parte de éste se desarrolla en un Parque Nacional²³. En dicha sentencia señala que no existe ilegalidad ni arbitrariedad alguna de parte de la Comisión Evaluadora Ambiental de la Región de Aysén al dictar la Resolución N°225, de 13 de mayo de 2011, que calificó favorablemente el Proyecto HidroAysén.

Por otra parte, la Corte Suprema en un fallo de reciente data, Rol N° 7435-2010, de 27 de junio de 2012, rechaza un recurso de casación interpuesto por la Dirección General de Aguas, y confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, manteniendo el fundamento consistente en la aplicación directa del Art. III de la Convención que prohíbe el desarrollo de actividades comerciales en un parque nacional, en específico se señala que no es posible la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en un parque nacional, dado que serían utilizados con fines comerciales (hidroeléctricos).

22 Rol 460-2010, Rol 268-2010, 269-2010, 270-2010, 271-2010, 272-2010, 273-2010, 275-2010, 276 -2010, 277-2010, 278-2010, 460-2010.

23 Rol 153-2011 de 06 de octubre de 2011.

Por el contrario, existen otros pronunciamientos de los Tribunales en que claramente no se aplica la prohibición del Art. III de la Convención y, por tanto, se entiende como norma no autoejecutable, tales como, los fallos recaídos en los proyectos de Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar – Correntoso y Proyecto Minero Choquelimpie en Reserva Nacional Las Vicuñas, en ellos básicamente se sienta como jurisprudencia, que la evaluación ambiental será determinante para aprobar o rechazar un proyecto en un área protegida, que la autorización ambiental dependerá de las medidas que establezca para la protección de estas áreas, y en consecuencia, permite concluir que no existe per se, una prohibición, sino que, la ejecución queda en manos de un instrumento de gestión ambiental creado por la Ley.

El caso del Proyecto Minero Choquelimpie, constituye una muestra de que los Tribunales de Justicia, en fallos recientes, no han considerado la aplicación inmediata de lo establecido en la Convención, dado que tratándose de un Monumento Natural, la Corte de Apelaciones de Arica, autoriza, mediando el permiso establecido en el estatuto minero, la explotación de esta área para fines mineros, obviando el carácter de Monumento Natural, y la definición contenida en la Convención de Washington, que prescribe un carácter inviolable de éstos, salvo para fines de investigación y científicos debidamente autorizados, o inspecciones gubernamentales.

En el caso de la Central de Pasada Palmar – Correntoso, la Corte Suprema no consideró la prohibición del Art. III de la Convención de Washington y da aplicación a la norma contenida en la LBGMA y el Reglamento del SEIA, señalando en resumen que la ejecución de un proyecto de inversión en tales áreas, es posible si éste se somete al SEIA, y tras una exhaustiva evaluación, con la aplicación de las correspondientes medidas de mitigación, reparación o compensación en su caso, el proyecto tendrá la posibilidad de ser ejecutado. Lo señalado, tiene como ventaja, la certeza jurídica que otorga este fallo al ejecutor de proyectos que se emplazan parcial o totalmente dentro de un parque nacional o en otras áreas protegidas. En el mismo sentido, se cita el fallo de la Corte Suprema, de 12 de julio de 2005, que autoriza la extracción de aguas desde el Parque Nacional Villarrica, previa evaluación ambiental.

Cabe mencionar la confirmación de la Corte Suprema, del fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 4 de abril de 2012, que rechaza los recursos de protección interpuestos en contra del Proyecto Hidroeléctrico Aysén, Rol 10.220-2011.

2. Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República en diversos dictámenes se ha pronunciado al respecto, y mayoritariamente no aplica la Convención en los términos del Art. III; por ejemplo, el Dictamen N° 35.989 de 2009 relativo a las Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar - Correntoso en el cual indica que es jurídicamente viable, constituir derechos de aprovechamiento de aguas y ejercer tales derechos, aún cuando se emplacen en un Parque Nacional.

La CGR en el dictamen N° 674 de 2007, sobre el Acuerdo del Ministerio de Secretaria General de la Presidencia y Comunidad Agrícola Ganadera Mariana Osorio, determina factible legalmente que el Estado por medio de sus Ministerios, entregue una porción de un Parque Nacional, a particulares, sin hacerse cargo de lo dispuesto en el Art. III de la Convención de Washington, lo que significa que asume un carácter no autoejecutable de la Convención, y enfatiza que para asignar ese bien a particulares debe dictarse

el respectivo decreto de desafectación del Ministerio de Bienes Nacionales y sin hacer mención a lo dispuesto en el Art. III de la Convención.

La posición anterior de la CGR no es del todo uniforme, por cuanto, en el dictamen N°56.465 de 2008, a propósito del proyecto Central Hidroeléctrica Chacayes, distingue entre Parque Nacional creado al amparo de la Convención y Parque Nacional de Turismo, creado en virtud de la Ley de Bosques, existiendo para el primero prohibición total de ejecutar actividades en ellos, y para los segundos existe la posibilidad de llevar a cabo actividades de inversión, siempre y cuando, no se obstaculice el cumplimiento de ese objeto. En este caso la CGR autoejecuta la Convención de Washington.

Cabe comentar el dictamen de la CGR en Exploración Minera Tortolitas N° 56.835 de fecha 28 de noviembre de 2006: no niega la posibilidad de desarrollar actividades mineras dentro de estas áreas, sino que, aclara que ellas deberán ser evaluadas ambientalmente, en conformidad a lo establecido por la LGBMA, y por lo tanto, conforme a ese estatuto jurídico, se determina los requisitos que debe cumplir para ejecutarse y la modalidad de ingreso al SEIA. En el mismo sentido se pronuncia en el Dictamen Exploración Minera en la Reserva Nacional Vicuñas N° 29.143 de fecha 21 de junio de 2006.

3. Corporación Nacional Forestal.

La Corporación Nacional Forestal, (en adelante CONAF), adopta diversas posiciones en el SEIA, incluso dentro de una misma región, como es el caso de la Región de los Lagos, en la cual hay una serie de proyectos aprobados con la anuencia de CONAF en el Parque Nacional Pérez Rosales y Puyehue. No obstante, otros proyectos han contado con el rechazo de ésta, por el lugar en que se emplazan, sin que exista diferencias substanciales entre unos y otros. Por ejemplo, proyectos aprobados en el SEIA con pronunciamiento favorable de CONAF: DIA Línea de Transmisión Subterránea y Aérea de 13, 2 KV Ensenada - Petrohue; DIA Telefonía Inalámbrica Fija GSM versus Minicentral Hidroeléctrica Palmar Correntoso, aprobada por la COREMA con el pronunciamiento desfavorable del Servicio durante el proceso de evaluación ambiental.

Por otra parte, los proyectos mayoritariamente aprobados en parques nacionales son los que tienen objetivos turísticos, en ellos CONAF rara vez presenta objeciones a su autorización; lo mismo ocurre con aquellos de iniciativa gubernamental, que cooperan con el establecimiento y mejoramiento de infraestructura para la comunidad, como puentes, caminos, sistemas de agua potable, lo que parece comprensible, en el caso de los proyectos turísticos, por cuanto, cumplen con el objeto de creación de estas áreas, el disfrute de ellas, y en los proyectos de beneficio comunitario, atienden a un interés nacional, aún cuando dicha justificación no está consagrada normativamente para las áreas protegidas.

4. Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA).

Existen en Chile proyectos mineros aprobados en parques nacionales, algunos sometidos al SEIA y otros previos a la vigencia de éste. Un ejemplo de los primeros es el Estudio de Impacto Ambiental Proyecto Minero Aldebarán en el Parque Nacional Nevado Tres Cruces, en el cual un ducto de una extensión de 11 kms. atraviesa la zona norte de este Parque Nacional.

Asimismo, existe una serie de proyectos evaluados y aprobados en el SEIA, de diversa tipología que se emplazan en Parques Nacionales, a los cuales la COREMA respectiva,

ha establecido, según corresponda, medidas de mitigación, reparación o compensación, que garanticen el cumplimiento de los fines para los cuales se ha creado cada área.

CONCLUSIONES

1. NO EXISTE CONFLICTO NORMATIVO ACTUAL ENTRE EL CÓDIGO DE MINERÍA Y LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON.

Materia principal de este trabajo es resolver si existe conflicto normativo entre el estatuto jurídico minero y la Convención de Washington; por ende, si en conformidad a la legislación vigente es posible desarrollar actividades mineras en parques nacionales, considerando lo dispuesto en el Art. 17 N°2 del Código de Minería y el Art. III de la Convención de Washington.

Sobre la base del análisis efectuado, especialmente, por el carácter programático y no autoejecutable de la Convención, y específicamente del Art. III, se puede concluir que no existe conflicto normativo actual, y que es jurídicamente posible desarrollar actividades mineras en parques nacionales, siempre mediando la obtención de los permisos que la Ley establece en el Código de Minería y en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, cumpliendo con la normativa ambiental y sectorial pertinente y sin que la ejecución del proyecto obstaculice el cumplimiento de los fines de cada área. Lo señalado constituye el marco de ejecución de un proyecto de inversión o cualquier tipo de obra o programa dentro de esta categoría de área.

En resumen, para que sea aprobado un proyecto minero en un Parque Nacional se requiere:

- a) Obtención de los permisos que establece el Código de Minería (Art. 17 N°1)
- b) Aprobación ambiental conforme a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.
- c) Que el proyecto no obstaculice o impida el cumplimiento de los fines para el cual fue creado el Parque Nacional.

Lo anterior, significa que, un proyecto minero en un parque nacional, debe ser evaluado ambientalmente, lo que ocurre necesariamente por el solo hecho de emplazarse en esta categoría de área, y si éste, no genera impactos significativos y cumple la normativa aplicable, o bien, en caso de ingresar como EIA, se hace cargo debidamente de los impactos ambientales que genera, por medio de las medidas de mitigación, reparación y compensación, y no obstaculiza el cumplimiento de los objetivos del área protegida, podrá ser aprobado ambientalmente; en caso contrario, tal proyecto debe ser rechazado y no podrá ejecutarse. Lo anterior significa que, los órganos del Estado, no pueden fundar el rechazo de una actividad minera en un parque nacional, por incumplimiento del Art. III de la Convención de Washington, sino que deberán evaluar ambientalmente el proyecto, analizando debidamente los impactos que genera y las medidas que propone en la forma prescrita por la LBGMA y el RSEIA.

2. EXISTE JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES DE JUSTICIA Y ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN QUE PERMITE ACTIVIDADES DE INVERSIÓN EN PARQUES NACIONALES.

A la luz de los antecedentes revisados en este trabajo, se puede concluir que existe jurisprudencia judicial y administrativa que se ha pronunciado favorablemente a la ejecución de proyectos de inversión en parques nacionales. Un fallo que cabe especialmente mencionar es el de la Corte Suprema, de fecha 8 de enero de 2009, en Rol N°6397-2008, a propósito del proyecto hidroeléctrico Palmar Correntoso, en el cual la captación de las aguas y parte de los ductos de transporte, se encontraban dentro del Parque Nacional Puyehue, en que la Corte rechaza el recurso de protección, sobre la base que, la evaluación ambiental y las medidas allí establecidas para la ejecución del proyecto, permitían desarrollar tal actividad sin afectar el área.

Por otra parte, los órganos de la Administración de Estado han aprobado proyectos emplazados en parques nacionales, dentro del SEIA, y han tomado esta determinación, dado que las medidas son suficientes para hacerse cargo de los impactos. En consecuencia, estos actos administrativos, han certificado que la actividad evaluada cumple la normativa ambiental aplicable. Dentro de tales proyectos se pueden mencionar a modo simplemente ejemplar, los siguientes²⁴.

1. EIA Proyecto Hidroeléctrico Aysén, Parque Nacional Laguna San Rafael.
2. DIA Fibra Óptica Bariloche – Osorno en tramo Parque Nacional Puyehue, Parque Nacional Puyehue.
3. DIA Conservación Ruta 199-CH, Sector Puesto – Paso Mamuil-Malal, KM 144.800 al KM 153.800. Región de la Araucanía, Parque Nacional Villarrica.
4. DIA Fibra Óptica Austral Chiloé-Coyhaique en tramo Parque Nacional Queulat, Parque Nacional Queulat.
5. DIA Reposición Ruta 225 – CH Sector Ensenada – Petrohué, Parque Nacional Vicente Pérez Rosales.
6. DIA Mini Centralita Hidroeléctrica para uso particular, Parque Nacional Vicente Pérez Rosales.
7. DIA Reposición Puente Weber, Ruta Y-156, XII Región, Parque Nacional Torres del Paine.
8. DIA Conservación de la red comunal camino Melipeuco – Conguillío, Sector Km 9.000 al 19.500, Tramo Parque Nacional Conguillío, Parque Nacional Conguillío.
9. DIA Reposición varios puentes Ruta 7, Parque Nacional Hornopirén y Santuario de la Naturaleza Parque Pumalín.
10. DIA Continuación pavimento básico camino de acceso Volcán Osorno (V-555), Red Interlagos, X Región, Parque Nacional Vicente Pérez Rosales.
11. DIA Línea de Transmisión Subterránea y Aérea de 13, 2 KV Ensenada – Petrohue, Parque Nacional Vicente Pérez Rosales.

24 Listado elaborado sobre la base de la información del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental Electrónico, www.e-seia.cl.

12. DIA Recuperación Instalaciones Alcamar Isla Hornos, Parque Nacional Cabo de Hornos.
13. DIA Modificación Excavaciones Arqueológicas en Torno a la Cueva de Alejandro Selkirk, Isla Robinson Crusoe, V Región, Parque Nacional Archipiélago de Juan Fernández.
14. DIA Reposición Ruta 11-CH, Arica – Tambo Quemado, Sectores: Acceso Choquelimpie – Chucuyo, Parque Nacional Lauca.
15. DIA Proyecto Hidroeléctrico: “Sendero de la Luz”, Parque Nacional Vicente Pérez Rosales.
16. EIA Construcción Planta Generación Eólica Isla Robinson Crusoe, Parque Nacional Juan Fernández.
17. DIA Conservación de la red comunal camino Melipeuco – Conguillío, Sector Km 9.000 al 19.500, Tramo Parque Nacional Conguillío, Parque Nacional Conguillío.
18. EIA Mini Centrales Hidroeléctricas de Pasada Palmar – Correntoso, Parque Nacional Puyehue.
19. DIA Construcción de Minicentral Hidroeléctrica en la Localidad de Puerto Edén, Parque Nacional Bernardo O’Higgins.
20. DIA Misión Científica para el Tesoro del Unicorn Isla Robinson Crusoe, Parque Nacional Archipiélago de Juan Fernández.
21. EIA Complejo Fronterizo Puesco, Parque Nacional Villarrica.
22. DIA Construcción de Pista Esquí y Andarivel para el Regimiento de Infantería N°17 Los Ángeles, Parque Nacional de la Laguna del Laja.
23. DIA Corta de Árboles que afectan al tendido eléctrico en el Parque Nacional Queulat, Parque Nacional Queulat.
24. DIA Puente Río Serrano, Parque Nacional Torres del Paine.
25. DIA Ruta Interlagos – Tramo Parque Nacional Conguillío, IX Región, Parque Nacional Conguillío.
26. DIA Construcción Puente Grey, Camino Administración de Paine – Glaciar Grey, Provincia de Última Esperanza, XII Región, Parque Nacional Torres del Paine.
27. EIA Marina Lago Todos los Santos, Parque Nacional Vicente Pérez Rosales.
28. DIA Excavación Arqueológica en la localidad de Aguas Buenas, Isla Robinson Crusoe, V Región de Valparaíso, Parque Nacional Archipiélago Juan Fernández.
29. DIA Reposición Ruta 11-CH, Arica Tambo Quemado, Sector Bif. Putre – Bif. Choquelimpie, I Región Parque Nacional Lauca.
30. DIA Construcción Sistema de Agua Potable Rural (APR) Localidad de Parinacota, Parque Nacional Lauca/ Monumento Nacional en la categoría de Zona Típica.
31. DIA Pavimento Básico Red Interlagos, Tramos Ensenada – Bif. Acceso a Volcán Osorno (U-99-V) y Camino de acceso a Volcán Osorno (V-555), Parque Vicente Pérez Rosales.

32. DIA Mejoramiento Sistema de Tratamiento y Disposición Final Aguas Servidas Hotel Río Serrano, Turismo Río Serrano Ltda., Torres del Paine, Parque Nacional Torres del Paine.
33. DIA Modificación Sistema de Disposición Final Efluente – Planta de Tratamiento Hotel Cabañas del Paine, Parque Nacional Torres del Paine.
34. DIA Reemplazo Torre de Telefonía existente en el Volcán Osorno, Parque nacional Puyehue.
35. DIA Telefonía Inalámbrica Fija GSM, Parque Nacional Vicente Pérez Rosales.
36. EIA Proyecto Minero Aldebarán, Parque Nacional Nevado Tres Cruces.

Se hace presente que sin perjuicio de los proyectos mencionados, existen innumerables proyectos aprobados en parques nacionales, y que tienen por objeto actividades comerciales destinadas al turismo.

3. CONTRADICCIÓN NORMATIVA FUTURA.

En virtud del trabajo desarrollado se puede concluir que no existe una contradicción normativa actual entre la Convención de Washington y el Código de Minería; el conflicto normativo se presentará al momento de entrar en vigencia la Ley N°18.362 que Crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, o cualquier otra norma que regule los parques nacionales y que mantenga tal prohibición en términos tan estrictos, si no aclara el alcance y aplicación o no se hace cargo de las disposiciones del Código de Minería, y el Art. 86 del RSEIA, que establecen un permiso ambiental sectorial al efecto.

El Art. 25 inciso final de la Ley N°18.362, dispone “*Los bienes provenientes de Reservas Vírgenes, Parques Nacionales y Monumentos Naturales no podrán ser comercializados*”, precepto que de todos modos, carece de claridad, dado que no define lo que se entiende por comercialización, ni a qué tipo de bienes se extiende, ya que no utiliza la misma expresión del Art. III de la Convención, como tampoco se hace cargo de los derechos válidamente constituidos en estas áreas por particulares, como concesiones mineras, derechos de aguas, etc.

Suaviza parcialmente el conflicto que pudiere presentarse, el Art. 32 de la Ley N°18.362, el cual establece que, excepcionalmente, podrá autorizar la ejecución de determinadas obras, programas o actividades en unidades de manejo, como parques nacionales, si por razones fundadas el Ministro de Agricultura, mediante Decreto Supremo, las califica como de “interés nacional”, utilizando el mismo criterio de excepción del Art. 19 de la Ley N°20.283 Sobre Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal²⁵ y por tanto agregaría un nuevo procedimiento administrativo para la ejecución del proyecto. Lo anterior significa que eventualmente será factible la aprobación de proyectos energéticos, que se emplacen en parques nacionales, y de aquellas actividades consideradas de servicio público, como de distribución de energía eléctrica, líneas o ductos que contribuyan al mejoramiento de las comunicaciones, puentes y el mejoramiento de todo

25 Art. 19 de la Ley N°20.283 de Recuperación de Bosque Nativo y Fomento Forestal, establece que excepcionalmente podrá autorizarse la corta y alteración del hábitat de especies de bosque nativo, por estrictas y excepcionales causas, entre ellas, si se trata de proyectos o actividades que son calificados de “interés nacional” por la CONAF.

tipo de caminos, e incluso actividades mineras, que podrían considerarse de interés nacional, dada la letra del Art. 19 N°24 de la CPR de 1980, la cual otorga y justifica la concesión minera sobre la base del “interés público” comprometido en ello.

A mayor abundamiento, de encontrarse vigente o dictarse una Ley de áreas protegidas que prohíba las actividades mineras en los parques nacionales, recién allí se produciría un conflicto normativo, y para solucionar tal contradicción, en caso que la propia Ley no se haga cargo del conflicto, se debe acudir a los principios jerárquico, cronológico y de especialidad, y en el caso de tener las normas (minera y de áreas protegidas), la misma jerarquía normativa, carácter de Ley, en mi opinión, la Ley de áreas protegidas que se dicte, tendría el carácter de norma posterior y especial, en razón del territorio que regula, en contraposición al Código de Minería, norma general, que si bien establece un estatuto jurídico especial que regula la actividad minera en particular, no hace distinción del lugar en el cual se ejecute, por lo cual la Ley de áreas protegidas prevalecerá sobre estas normas.

Por otra parte, en caso de nacer a la vida del Derecho, una disposición que prohíba expresamente la explotación de recursos minerales de los parques nacionales, constituirá a mi juicio una limitación del derecho de dominio de los titulares de concesiones mineras válidamente constituidas en estas áreas, por lo que, los particulares afectados podrían, solicitar al Estado la debida indemnización, siguiendo el razonamiento que ha sostenido la Corte de Apelaciones de Santiago (fallo 6.828 de 21 de noviembre de 2003, caratulado “Sociedad Lolco Limitada con Fisco de Chile”), en el caso de la prohibición de la corta del Monumento Natural Araucaria Araucana. En tal caso, no todos aquellos titulares de concesiones mineras en parques nacionales son indemnizables, sino sólo aquellos titulares de concesiones de explotación, que cuenten con los permisos que el ordenamiento establece para el ejercicio de tal actividad, incluida la respectiva aprobación ambiental del proyecto.

4. CRÍTICA A LA NORMATIVA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS.

Cabe hacer una reflexión respecto a la normativa de áreas protegidas vigente en el ordenamiento jurídico, que a mi juicio es inorgánica, incompleta, y antigua. Las normas que se han estudiado en el capítulo inicial, nacieron con fines diversos a la protección de tales sitios; a este respecto se puede mencionar, el DL N°4.363 de 1931, que nace más bien para la protección del bosque nativo y para regular su explotación, el DL N°1.939 tiene por objeto normar la adquisición y uso de bienes fiscales, y contempla tangencialmente normas en relación a áreas protegidas, la Ley de Bases del Medio Ambiente y la Convención de Washington, poseen una regulación muy general, y en el último caso programáticas, y las demás normas, que hacen referencia a estas áreas, como la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, la Ley de Monumentos Nacionales, la Ley de Acuicultura, si bien, son muy útiles, su bien jurídico a proteger es diverso a las áreas de interés.

De todo este análisis se deduce que, resulta fundamental contar con una normativa actual y completa de áreas protegidas, sobre la base del concepto de desarrollo sostenible y que señale expresamente las prohibiciones que el legislador determine, con una redacción clara, que no dé lugar a interpretaciones contradictorias. Es indispensable, además, contar con una institucionalidad formalmente constituida, con facultades y capacidades suficientes para utilizar los instrumentos legales existentes y los que se

creen al efecto. Dentro de los instrumentos existentes de los cuales, no se ha obtenido el real beneficio y eficiencia que pueden entregar, son los denominados planes de manejo de áreas silvestres, los que, utilizados debidamente pueden constituir la mejor herramienta para regular las actividades dentro de los parques, y otorgar la certeza jurídica necesaria a los órganos del Estado, a los particulares, a los organismos no gubernamentales (ONG) y a todos aquellos que se encuentren interesados en la protección de los recursos naturales existentes en los parques nacionales.

Actualmente, la Ley 20.417 que modifica la LGBMA, entrega el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, a la dependencia del Ministerio del Medio Ambiente, específicamente bajo la administración y supervisión del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, entidad que será creada al efecto, lo que implica el nacimiento de una institucionalidad con competencias claras y establecidas legalmente y un avance en relación a esta materia.

5. ÉPOCA EN QUE SE APRUEBA LA CONVENCIÓN DE WASHINGTON.

Un aspecto relevante a considerar, es la época en la cual se redacta la Convención de Washington, año 1940, y la fecha de su publicación (1967), épocas en las cuales ninguno de los países, en especial el caso de Chile, contaban con normativa en que el bien jurídico protegido fuera el medio ambiente propiamente tal; es más, ni siquiera el concepto de desarrollo sustentable existía, ya que éste solo comenzó a gestarse en la reunión preparatoria para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano en Estocolmo (1972), por el contrario, el concepto que inspiraba tales acuerdos internacionales previo a 1950, eran absolutamente preservacionista y de no intervención, de ecología estricta.

Naturalmente este concepto, se ha modificado a través del tiempo, y se ha afianzado un principio de intervención diverso, al alero del concepto de desarrollo sustentable, en que se permite la intervención de determinados espacios valiosos en biodiversidad, con explotación sustentable, sin comprometer los derechos de las generaciones futuras al disfrute de tales recursos, lo que se ha plasmado en instrumentos internacionales suscritos por Chile, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado el año 1994.

Lo anterior justifica la tesis jurisprudencial de la Corte Suprema en el caso de la Central Palmar Correntoso y de otros fallos, en el cual entregan a la evaluación ambiental, instrumento de gestión ambiental preventivo, como sistema de evaluación técnica, el análisis de si es posible ambiental y legalmente, desarrollar o no, un proyecto en un Parque Nacional, en atención a los impactos que genera y medidas que propone para hacerse cargo de dichos impactos. La anterior jurisprudencia y tendencia es concordante, con el concepto de desarrollo sustentable, principio imperante a partir de inicios de la década del setenta, y sobre la base del cual, se gesta la normativa ambiental vigente en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- BASCUÑÁN, J. F, Santiago, Jurisprudencia de la Contraloría General de la República relativa al sistema de evaluación de impacto ambiental: 1997 – 2000, 2001, Edición Gobierno de Chile, CONAMA.
- BLANCO, A., 1992, Principio y sistema del derecho minero, estudio histórico- dogmático, Blanco, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BORQUEZ Y, J, 1993, Introducción al Derecho Ambiental chileno y comparado, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BOBBIO, N., 1991, Teoría general del Derecho, Madrid, primera reimpresión, Editorial Debate.
- BURMEISTER J., BARROS J.C., 2006, Aspectos Legales de las Áreas Silvestres Protegidas Privadas. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- EVANS E. y SEEGER M.C., 2003, Derecho Eléctrico, Santiago, Lexis Nexis.
- HUERTA C., 2009, Conflictos normativos, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- INIESTA P., 2001, Parques Nacionales: crónica bibliográfica de su régimen jurídico, Madrid, Observatorio Medioambiente, número 4.
- LIRA S., 2007, Curso de Derecho de Minería, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición.
- LÓPEZ F., 1980, La Conservación de la Naturaleza: Los Espacios Naturales Protegidos, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España Editorial Cometa S.A.
- LÓPEZ F, 1995, Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos, Zaragoza, Editorial Kronos.
- MACHADO A., 1988, Los Parques Nacionales. Aspectos jurídicos y administrativos, Madrid, ICONA.
- MONTENEGRO S., HERVÉ D., DURÁN V., 2001, Los Tratados Ambientales Principios y Aplicación en Chile, Santiago, Edición Gobierno de Chile, CONAMA.
- OSSA J.L, 1999, Derecho de Minería, Santiago, tercera edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile.
- RIBERA T., 2001, El Derecho Internacional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno, Fundación Facultad De Derecho, Universidad De Chile, Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional, Seminarios y Congresos, Santiago, Lom Ediciones Ltda..
- SEMAT, 2007, Repertorio de legislación de relevancia ambiental para proyectos de infraestructura, Santiago, tercera edición Ministerio de Obras Públicas.
- VARGAS R., 2007, Instituciones de Derecho Ambiental – El Recurso de Protección ambiental, Santiago, Editorial Metropolitana.

VALENZUELA R., 1978, La Protección Jurídica del Patrimonio Ambiental de las Islas Océánicas Chilenas, Santiago, Ediciones Universitarias de Valparaíso.

VERGARA A., 1992, Principios y sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico Dogmático, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

REVISTAS

ANGLADA S., 1994, Parques Nacionales y organización del Estado en la Europa Comunitaria, Revista de Administración Pública, (N°133): 529-541.

EISENDECHER P., 2001, Regulación de Las Áreas Silvestres Protegidas en Chile y la inclusión de las Áreas Privadas de Conservación en La Ley 19.300, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen 12 (N°2): 149-167.

MARTÍNEZ G., 1999, La Influencia de los Parques Nacionales en el Desarrollo Socioeconómico de las Zonas Rurales, Revista de Derecho Ambiental, Murcia, (N° 23): 79-107.

RIBERA T., 2001, Incorporación del Derecho Internacional al Ordenamiento Jurídico Chileno. Reflexiones en torno a un tema complejo, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año V, (N° 5).

RODRÍGUEZ J., 1996, El Medio Ambiente y la Calidad de Vida como objetivos constitucionales, Revista de Derecho Ambiental, Publicación Técnico Jurídico de Medio Ambiente, (N°16).

SCARZANELLA E., 2002, Las bellezas naturales y la nación: Los Parques nacionales en Argentina en la primera mitad del siglo XX, Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe, (N°73):5-21.

PRESENTACIÓN EN CONGRESOS

CAMPUSANO R., 2007 Áreas Protegidas y Minería, En: Terceras Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Centro de Medio Ambiente.

CORREA E., 2007, Ejecución de Proyectos en áreas protegidas ¿Cuánta protección y Cuánto Desarrollo, En: Terceras Jornadas de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Centro de Medio Ambiente.

FUENTES ICONOGRÁFICAS

<http://ec.europa.eu/environnement/nature/natureconservation/eunaturelegislation/specificarticles/art6/indexen.htm>

SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL ELECTRÓNICO <<http://www.e-seia.cl>> [consulta: junio 2009].

COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE <<http://www.conama.cl>> [consulta: junio 2009].

CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL<<http://www.conaf.cl>> [consulta: junio 2009].

JIMÉNEZ E “Convención Interamericana de Derechos Humanos, como Derecho Interno” página web <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/7/dtr/dtr2.pdf>

LEGAL PUBLISHING <<http://www.legalpublishing.cl>>[consulta junio 2009].

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA <<http://www.contraloria.cl>>[consulta: junio 2009].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA, <<http://www.tribunalconstitucional.cl>>[consulta: junio 2009].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL <<http://www.bcn.cl>> (consulta: junio 2009)

DOMINGO A., (s.a.) Relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/16/dtr/dtr8.pdf>> [consulta: agosto 2009].