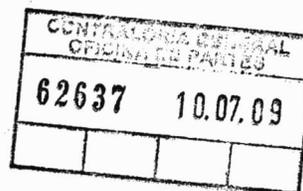


Santiago, 10 de julio de 2009.

Señor

Ramiro Mendoza Zúñiga

Contralor General de la República



Fernando Dougnac Rodríguez, cédula nacional de identidad N° 5.199.661-5, y **Flavia Liberona Céspedes**, cédula nacional de identidad N° 7.989.383-8, ambos miembros en ejercicio del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA); **Patricio Herman Pacheco**, cédula nacional de identidad N° 4.554.781-7, Presidente de la fundación “Defendamos la Ciudad”; y **Francisco Ferrada Culaciati**, cédula nacional de identidad N° 11.814.613-1, Director Ejecutivo de Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA); para estos efectos todos domiciliados en Guardia Vieja N° 408, comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago; al Sr. Contralor, respetuosamente, decimos:

Haciendo uso del derecho de petición consagrado por el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución, solicitamos al Sr. Contralor General de la República que NO TOME RAZÓN del proyecto de Decreto Supremo N° 66 del año 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, que “*Revisa, reformula y actualiza Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana (PPDA)*” (desde ahora en adelante, también el “Proyecto de D.S. N° 66-2009”), en atención a los fundamentos de hecho y derecho que expondremos en este escrito.

I. Consideraciones previas y planteamiento del problema.

Actualmente, el Proyecto de D.S. N° 66-2009 se encuentra en tramitación ante esta Contraloría General de la República para cumplir con el trámite de “toma de razón”, conforme lo dispone la Constitución Política de la República y la ley. Sin perjuicio de lo anterior, según analizaremos en el punto II de la presente solicitud, uno de los artículos del Proyecto de D.S. N° 66-2009, específicamente el artículo 80, puede ser impugnado por dos razones, a saber:

- 1.- Es *inconstitucional*; y, también,
- 2.- es *ilegal*.

El artículo en cuestión, al regular el “*Control de emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) en el sector Industrial*”, dispone:

“Artículo 80. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 69 y 71 del presente Decreto, las fuentes existentes podrán solicitar a la Autoridad Sanitaria la eximición, durante el periodo que corresponda, del cumplimiento de las metas de

emisión individuales, y las fuentes nuevas de su obligación de compensar, cuando acrediten la imposibilidad de cumplir con dichas metas u obligaciones. Para tal efecto, dichas fuentes deberán presentar ante la Seremi de Salud RM una evaluación sobre la factibilidad técnica y económica que acredite dicha circunstancia, debiendo dicha autoridad pronunciarse dentro de un plazo de 45 días hábiles.

Lo dispuesto en el inciso anterior, no podrá alterar de manera alguna la meta global del sector industrial establecida en el inciso segundo del Artículo 69 del presente Decreto”.

En concreto, lo que está haciendo la norma cuestionada es *autorizar* a la Autoridad Sanitaria para *eximir* del cumplimiento de metas individuales a las fuentes existentes. Asimismo, permite que la Autoridad Sanitaria pueda *eximir* a las fuentes nuevas de su obligación de *compensar*.

II. Análisis de los fundamentos de hecho y de derecho en virtud de los cuales corresponde que el Sr. Contralor no tome razón del Proyecto de D.S. N° 66-2009.

1.- El artículo 80 del Proyecto D.S. N° 66-2009 es “inconstitucional”.

El Sr. Contralor debe tener presente que en caso de tomar razón del Proyecto de D.S. N° 66-2009, aceptando el actual texto de su artículo 80, se afectarían los principios de “Supremacía Constitucional”, “Legalidad” e “Igualdad ante la Ley”, consagrados por nuestra Constitución Política de la República (a partir de ahora, también “la Constitución” o “la Carta Fundamental”) en los artículos 6, 7 y el numeral 2 del artículo 19, respectivamente, ubicados en dos de los capítulos más importantes de la Carta Fundamental: el Capítulo I sobre “Bases de la Institucionalidad” y el Capítulo III “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, sin perjuicio de permitir que se vulneren las normas de la ley N° 19.300 que regulan la generación de los Decretos Supremos (D.S.) que establecen los planes de prevención y descontaminación atmosférica.

El numeral 2° del artículo 19 de la Constitución, en su inciso 1°, prescribe: “*Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley*”. Además, agrega, en su inciso 2, que: “*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

Por su parte el artículo 7° de la Constitución Política de la República expresamente señala que sus normas **obligan** tanto a las autoridades como a cualquiera persona o grupo.

En consecuencia, ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias, de donde se desprende que es fundamental para la acertada resolución de esta petición

determinar si la “*diferencia*” que realiza el artículo 80 del Proyecto de D.S. N° 66-2009 puede ser calificada de “*arbitraria*”.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española de la Lengua, por “*arbitrariedad*” debemos entender: “*1. f. Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*”. Es posible afirmar, entonces, que “*diferencia arbitraria*” es aquella que no se funda en la razón, o que es contraria a la justicia y las leyes, y en el caso concreto chileno, a la Constitución.

En la especie, sostenemos que la infracción al numeral 2°, del inciso 2° del artículo 19 de la Constitución se produciría porque, conforme al contenido del artículo 80 del Proyecto de D.S. N° 66-2009 en análisis, algunas industrias estarían obligadas a cumplir la norma, específicamente las obligaciones a que se refieren los artículos 69 y 71 del mismo Decreto, mientras que otras podrían ser eximidas total o parcialmente de su observancia, todo ello sin perjuicio de encontrarse ambas empresas en la misma situación jurídica reglada por el D.S. en cuestión.

En el caso en comento, la vulneración del “*Principio de Igualdad ante la Ley*” resulta evidente porque es el propio “*Proyecto de D.S. N° 66-2009*” el que distingue claramente entre “*un determinado grupo de personas que están en una misma situación y ámbito de aplicación respecto al cumplimiento de sus disposiciones*”, obligando a algunas a cumplir sus normas (*con el costo moral y material asociado que ello implica*), mientras que a otras les permite prescindir de ellas.

Así, el Capítulo IV (“*Exigencias de reducción de emisiones para el sector industrial y comercial*”) letra A (“*Definiciones*”) artículo 39, define “*fuentes estacionarias*” para los efectos de lo establecido en ese capítulo. Por su parte, la letra G) del mismo capítulo (“*Control de emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) en el sector industrial*”) artículo 68, da una definición de “*Mayores emisores de NOx*”, concepto que se refiere a determinadas fuentes estacionarias que deben considerarse para la aplicación de las disposiciones contenidas en la letra G) ya aludida. Finalmente, debe tenerse presente lo prescrito en los artículos 69 y 71, en relación al 80 del Proyecto de D.S. N° 66-2009, todos cuales también se encuentran dentro de la letra G) recién indicada y que, por ende, sus enunciados deberían aplicarse sin excepciones a todo el grupo de personas definidas en el artículo 68.

De acuerdo a todo lo antes señalado, resulta evidente que tratándose de “*un mismo grupo de personas en igual situación*”, y existiendo un principio y garantía constitucional que asegura “*a todas las persona*” la “*igualdad ante la ley*”, no existe una “*justificación razonable*” que autorice a la autoridad a hacer una diferencia en la aplicación del artículo 80 del Proyecto de D.S. N 66-2009. No puede considerarse que la supuesta imposibilidad técnica y económica de cumplir una norma sea causal de eximisión de la misma, máxime si ella es dictada para prevenir o remediar un daño en la salud y vida de las personas,

garantías constitucionales de la mayor trascendencia social, que ha sido considerada por el propio Tribunal Constitucional como la *garantía esencial de las personas* en su fallo respecto del requerimiento de inconstitucionalidad por eventuales restricciones a los vehículos catalíticos. De permitirse la existencia de la norma del artículo 80 del D.S. que se objeta, estaríamos frente a una “*discriminación arbitraria*” pues se facultaría a una autoridad para permitir que se afecte la salud y vida de todas las personas que habitan la Región Metropolitana, al autorizar a determinadas empresas o personas para emitir sustancias que van más allá del límite que ella misma considera como razonable o inocuo (*la ley debe considerarse y se presume razonable*). Es evidente y así se desprende del texto del mismo D.S. en cuestión que las emisiones prohibidas, esto es las que sobrepasan el límite máximo autorizado, redundan directamente en la existencia de una contaminación que ella misma considera inaceptable, motivo por el cual las prohíbe. A mayor abundamiento, permite el artículo 80 que la autoridad determine por sí y ante sí cuáles de los sujetos a quienes está dirigida la norma resultan obligados por ella, es decir, deben cumplirla, y cuáles, por lo contrario, quedarían eximidos de su cumplimiento.

Todo cumplimiento de una disposición ambiental que establezca u obligue a los emisores a desarrollar determinadas conductas en relación con sus actividades industriales o de cualquier tipo, conlleva necesariamente un costo económico que forma parte de las cargas legítimas que deben soportar las personas por el sólo hecho de vivir en sociedad. El principio establecido en el Pacto de San José de Costa Rica respecto de los derechos humanos, en el sentido que el derecho de una persona termina donde comienza el de los demás, encuentra en la especie plena aplicación. Por otra parte, debe suponerse que la autoridad no podría imponer cargas excesivas pues la misma Constitución se lo impide (Nº 26 del artículo 19 de la Constitución).

De lo dicho se desprende que el límite o “tope” que posee la ley, y por ende y con mayor razón la autoridad administrativa en este tipo de materias, oscila entre **una carga razonable para todos los individuos que se encuentran en una misma situación de facto**, hasta una carga irrazonable para todos, en cuyo caso la ley misma sería injusta e inconstitucional. Pero lo que no puede existir pues es y sería un proceder “arbitrario”, es decir que unos individuos queden exentos de cumplir la norma por razones económicas o técnicas, **en circunstancias que es de la esencia de las disposiciones de este tipo que conlleven un mayor desembolso económico y técnico, desembolso que deben efectuar todos los afectados por ella a fin de no dañar la salud y vida de las demás personas**. Es lo mismo que si una empresa pretendiere eximirse de pagar el salario mínimo o los impuestos por razones económicas o técnicas. Si la autoridad estimare que el costo que entrañan las normas determinadas por ella es excesivo significaría que la norma es ilegítima e inconstitucional (Nº 26 del art. 19), ilegitimidad e inconstitucionalidad que perjudicaría **a todo el colectivo de individuos** que se encontraren en la situación descrita por la norma, y no sólo a alguno de ellos, y por ende, la norma no debería haberse dictado.

Lo expuesto precedentemente no es un análisis de mérito o de razón de ser de la norma, sino que es la demostración o constatación de cómo ella (el art. 80 tantas veces referido) afectaría gravemente garantías o derechos fundamentales de las personas, a la vez que vulneraría el principio constitucional de la no discriminación arbitraria.

Más aún, existiendo una disposición como ésta no sólo podría burlarse el cumplimiento de los objetivos que motivaron la dictación del D.S. al punto que podrían ser mayores las excepciones que la regla general, situación que haría aún más evidente la discriminación en contra de los que se sacrifican cumpliendo la norma. También significaría una infracción a otros dos importantes principios: el de "Supremacía Constitucional" y el "de Legalidad", consagrados en los artículos 6 y 7 de la Constitución, respectivamente, ya que la autoridad que dictó la norma estaría actuando en contravención de la norma constitucional y fuera de la esfera de sus atribuciones legales.

2.- El artículo 80 del Proyecto de D.S. N° 66-2009 es "ilegal".

El artículo 80 del Proyecto de D.S. N° 66-2009 no sólo es inconstitucional, por la razón expuesta anteriormente (punto número 1.), sino que también resulta *ilegal* en relación a lo prescrito por el artículo 79 de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (desde ahora, también "LBGMA"). Esta última norma manda, perentoriamente, que: "*Corresponderá al Consejo Consultivo (deberá) ... emitir opiniones sobre los anteproyectos de ley y decretos supremos que fijen ... planes de prevención y de descontaminación, ...*".

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la palabra "emitir" se define como: "3. tr. Dar, manifestar por escrito o de viva voz un juicio, un dictamen, una opinión." Por su parte, y de acuerdo a esta misma obra, "opinión" significa: "1. f. Dictamen o juicio que se forma de algo cuestionable". A su vez, el mismo Diccionario, conceptualiza "Dictamen" como: "1. m. Opinión y juicio que se forma o emite sobre algo." Y, finalmente, tengamos presente que la misma obra citada define "juicio" como: "3. m. Opinión, parecer o dictamen."

En este mismo sentido, y a efectos de poder establecer con claridad el "área de aplicación de la LBGMA", debe tenerse presente que, conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la palabra "anteproyecto" significa: "2. m. Primera redacción sucinta de una ley, de un programa, etc."

En consecuencia, lo que la LBGMA exige, en su artículo 79, es que el Consejo Consultivo manifieste su opinión sobre un algo muy concreto, esto es "los anteproyectos de decretos supremos" que en ella se indican, entre los que se encuentran precisamente aquellos que fijan "planes de prevención y descontaminación". En otras palabras, su dictamen debe

recaer sobre la primera redacción sucinta (*breve, pero íntegra de ellos*) que pretendan establecer planes de prevención y descontaminación.

Aparece de manifiesto, entonces, que tales *anteproyectos* de decretos supremos **deben necesariamente contar con la opinión previa del Consejo Consultivo Nacional de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), juicio que debe versar sobre ese texto breve pero concreto del D.S. en cuestión, pues eso es lo que la ley exige.** Y si bien la opinión del Consejo Consultivo no es vinculante, sí **debe ser considerada en el momento en que la autoridad tome la decisión final, ponderándola debidamente al emitir el acto administrativo correspondiente. De no ser así, se incurriría en una “arbitrariedad” al no considerar una opinión avalada.** Debe considerarse esa opinión como importante, pues como tal la ha estimado expresamente el propio legislador al ordenar como trámite obligatorio escuchar a dicho Consejo. Evidentemente, la autoridad puede discrepar de ese dictamen, pero debe dar razones que fundamenten su posición.

Por lo anteriormente expuesto, surge como un hecho indiscutible que para poder apreciar si la autoridad ha incurrido o no en arbitrariedad o al contrario ha actuado dentro de la discrecionalidad que le entrega la ley, debe estar claramente establecido el texto sobre el cual el Consejo Consultivo se pronunció y cual fue este pronunciamiento. De no actuarse así, significaría que la opinión que emita el mencionado Consejo, a pesar de ser un trámite obligatorio, sería irrelevante o intrascendente, cosa que atenta en contra de una acertada interpretación de la ley ya que no es posible presumir que el legislador creó trámites inútiles o innecesarios.

En resumen, lo que debe someterse a la opinión del Consejo Consultivo es el texto breve, pero *“completo en sus partes relevantes”* del anteproyecto de Decreto Supremo; y la opinión del Consejo Consultivo debe “ponderarse” en los considerandos del Decreto Supremo, ya que de lo contrario no sería posible determinar con claridad si la resolución administrativa es como ya se dijo, “arbitraria” o si, por el contrario, cae dentro de la “discrecionalidad administrativa” que entrega la ley a la autoridad competente.

Finalmente, para concluir con este punto, es interesante destacar que durante la tramitación del proyecto de la que sería en definitiva la Ley N° 19.300, en el Senado se acogió la indicación de los Senadores ORTIZ, PACHECO, PAPI Y SIEBERT en el sentido de dejar expresa constancia en el que sería el artículo 79 de dicha ley cuales eran *“...las principales temáticas ambientales sobre las que corresponderá pronunciarse al Consejo Consultivo.”* Esta indicación fue acogida por la Comisión, aprobada por el Senado y no objetada por la Cámara de Diputados, estableciéndose, en consecuencia, dentro de las principales temáticas ambientales sobre las cuales debía pronunciarse el Consejo Consultivo, las referidas a planes *“... de prevención y descontaminación.”* En consecuencia, queda más que claro la importancia que el legislador le asignó a la opinión del Consejo Consultivo, particularmente respecto de los referidos *“planes de prevención y descontaminación”*.

De acuerdo a lo dicho precedentemente, nos permitimos llamar la atención del Sr. Contralor en relación a lo señalado en el "Considerando 15) del anteproyecto del D.S. N° 66-2009, que sostiene: "*Que, por su parte, tanto el Consejo Consultivo Regional, como el Consejo Consultivo Nacional y la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana, conocieron, emitieron opinión e informaron respecto del texto del Anteproyecto*." (destacado nuestro). Esta afirmación no se ajusta a la realidad por lo que no resulta verdadera, pues tales organismos no conocieron el "texto" del Anteproyecto del D.S. N° 66-2009, esto es "4. *m. Todo lo que se dice en el cuerpo de la obra manuscrita o impresa, a diferencia de lo que en ella va por separado; como las portadas, las notas, los índices, etc.*" sino sólo los fundamentos técnicos básicos del plan de descontaminación, tal como se desprende de las copias que se adjuntan a esta presentación. A mayor abundamiento, en dichos fundamentos técnicos no existía ni se mencionó en parte alguna el artículo 80 del Anteproyecto del D.S. N° 66-2009, ni la idea que él encierra.

Las normas que fijan la generación de los D.S. sobre planes de prevención y descontaminación son normas de **derecho público** que reglan íntegramente la forma como ellas deben producirse, estando expresamente indicado el rol y atribuciones de las partes que intervienen, sin que, en consecuencia, puedan ellas alterarse, modificarse u omitirse por cuanto eso no está permitido en la ley que las establece. En derecho público la autoridad sólo puede hacer aquello para lo cual está expresamente autorizada, al contrario de lo que ocurre en el derecho privado donde los actores pueden ejecutar todo aquello que no esté prohibido.

En conclusión, lo señalado anteriormente permite concluir que el artículo 80 del Proyecto de D.S. N° 66-2009 es, además, "ilegal".

Por lo tanto, en virtud de los antecedentes de hecho y de derecho que hemos expuesto en esta presentación, los cuales permiten concluir fundadamente la "inconstitucionalidad" e "ilegalidad" del artículo 80 del Proyecto de D.S. N° 66-2009, y en virtud del derecho de petición consagrado por el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución que nos asiste, solicitamos al Sr. Contralor NO TOMAR RAZÓN DEL PROYECTO DE D.S. N° 66-2009.

Adjuntamos, a la presente solicitud, el texto de los documentos enviados por el Poder Ejecutivo al Consejo Consultivo de la CONAMA, consistentes en:

- 1.- Documento erróneamente denominado "*Anteproyecto de Revisión, Reformulación y Actualización del Plan de Prevención y de Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana (PPDA)*", el cual no es un *texto* de D.S. sino que sólo expone las bases técnicas en que se podría basar el verdadero *texto* de un anteproyecto de D.S.
- 2.- "*Anexo del Anteproyecto de Revisión, Reformulación y Actualización del Plan de Prevención y de Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana (PPDA)*".
- 3.- Presentación denominada "*Anteproyecto de Actualización PPDA*".

4.- Presentación denominada “*Anteproyecto 2ª Actualización del Plan de Prevención y Descontaminación de la Región Metropolitana, Conama Metropolitana de Santiago*”.

5.- Resolución Exenta N° 2321, Comisión Nacional del Medio Ambiente, del 11 de Julio de 2008, que erróneamente aprueba un documento que denomina “*Anteproyecto de Revisión, Reformulación y Actualización del Plan de Prevención y de Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana (PPDA)*” y que en realidad sólo contiene las bases o antecedentes técnicos que podrían servir de sustento a un verdadero *texto* de anteproyecto de D.S. sobre la materia. Dicho documento carece de articulados y no contiene idea alguna que guarde relación con el artículo 80 transcrito y al cual se refiere esta presentación.

Atte.

Fernando Dougnac Rodríguez

5.199.661-5

Flavia Liberona Céspedes

7.989.383-8

Patricio Herman Pacheco

4.554.781-7

Francisco Ferrada Culaciati

11.814.613-1