

Secretaría: Protección

Carátula: "Latorre con Schmidt."

Rol: 18.632-2019

APELA.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO

Edgardo Palacios Angelini, abogado, Cédula Nacional de Identidad N° 5.547.332-3, con domicilio en Avenida Libertad 1405, Oficina 1038, Viña del Mar, por su mandante, Puerto Ventanas S.A., en adelante PVSA Rut N° 96.602.640-5, en autos de protección caratulados "**Latorre con Schmidt.**" N° de ingreso **18.632-2019**, a S.S. Iltma., con respeto solicito lo siguiente:

Que, en la representación que ostento y estando dentro de plazo vengo en apelar de la sentencia de fecha 3 de junio de 2021, para ante la Excma. Corte Suprema, solicitando que el recurso sea acogido a tramitación, se eleven los autos a la Excma. Corte Suprema y, en definitiva, sea acogida por ésta en todas sus partes y se revoque la sentencia apelada, en base a las consideraciones de hecho y de Derecho, que se pasan a exponer:

A.- SS. Iltma. acogiendo el recurso se protección deducido, falló –en su parte resolutive– declarando que:

"1.- Suspéndese la entrada a la bahía de Quintero de cualquier nave o artefacto naval que transporte carbón, y la descarga de carbón en el muelle de Puerto Ventanas S.A.

2.- Suspéndese la descarga de efluentes a las aguas de la bahía de Quintero, provenientes directa o indirectamente de cualquiera de las unidades de la central termoeléctrica de Ventanas de AES Gener S.A.

3.- Dicha suspensión regirá desde la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia, a partir de la cual la Autoridad Marítima, en coordinación con los demás organismos de la Administración del Estado que corresponda, procederá a determinar las condiciones en las cuales se podrán reanudar las actividades suspendidas en los números 1 y 2 precedentes, dando estricto cumplimiento al artículo 142 de la Ley de Navegación y al Reglamento para el control de la contaminación acuática. Procurará determinar esas condiciones en el menor plazo posible, a fin de que el o los actos administrativos que las aprueben puedan tramitarse

completamente, y las empresas Puerto Ventanas S.A. y AES Gener S.A., en lo que les corresponda, darles íntegro cumplimiento en la fecha más cercana a su entrada en vigor.

4.- Las empresas Puerto Ventanas S.A. y AES Gener S.A. continuarán desarrollando las labores de limpieza de la playa Ventanas para extraer de sus arenas las partículas de carbón y otros materiales que arrojen los vertimientos que se produzcan.

5.- Corresponderá a la Autoridad Marítima, en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias, fiscalizar el cumplimiento de las medidas precedentes y hacer efectivas las responsabilidades que procedan.”

B.-Dicha resolución causa un evidente agravio a mi representada y la Excma. Corte Suprema deberá revocarla, negando lugar a la acción deducida.

En efecto, la referida sentencia desestimó completamente los antecedentes y alegaciones que esta parte adujo o acompañó en autos, en circunstancias que ellas llevaban a la única conclusión posible: desechar la acción de protección interpuesta, ello por una simple razón, que puede resumirse en que ninguna responsabilidad le asiste a PVSA en los hechos denunciados, tal como se expuso y probó en el informe y demás escritos presentados a esta Illma. Corte. En verdad, no existen en el proceso (ni en lugar alguno) pruebas o antecedentes que permitan concluir que PVSA ha aportado carbón al mar o algún otro elemento contaminante o peligroso.

Por lo anterior, resulta especialmente agravante para mi representada lo resuelto en los puntos 1 y 2, antes transcritos, por lo que pasará a señalarse.

ANTECEDENTES

Toda acción procesal requiere, de manera esencial, de la existencia de un **suceso**. Nos referimos a los **hechos**, que ocupan un lugar basal en el proceso de naturaleza jurisdiccional. Tratándose de la amenaza o conculcación de una garantía constitucional, la regulación del recurso de protección, a los hechos, los engloba en un concepto más amplio, como lo es el “*antecedente*”: la acción o circunstancia que sirve para comprender o valorar un hecho.

En la Bahía de Quintero existe un “Complejo Industrial” que ha sido objeto de profundo análisis desde la perspectiva ambiental, tanto de la Administración del

Estado como de sentencias creadoras de derecho emanadas de la Excma. Corte Suprema.

Miles de páginas y estudios científicos dan cuenta detallada de qué sucede en la actualidad en esa bahía, que aloja a diversas industrias cuyo funcionamiento da lugar a distintos procesos físicos y químicos que se incorporan al medio. De esa realidad han surgido conflictos ambientales, **que nunca han afectado a Puerto Ventanas S.A.**, y, como plena acreditación de aquello, en el recurso de protección que comprendió a todas las industrias de la zona, que terminó siendo resuelto por la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, no se hizo parte de los hechos investigados a Puerto Ventanas S.A. ni se le ha sometido a alguna de las medidas que se dispusieron en la citada sentencia. Luego, de manera categórica reafirmamos, tal como lo hemos hecho en toda y cada una de las sedes a que hemos sido llamados, que jamás se ha podido establecer que Puerto Ventanas haya transgredido una norma ambiental, vertido sustancias nocivas al mar, o que tenga algún vínculo con el material que surge en las denominadas varadas de carbón en la Playa de Las Ventanas.

Lo que es común a los diversos sucesos que se han examinado, es que hay “**ausencia de certeza**” de qué efectivamente ocurre, frente a un peligro o un perjuicio, y qué acciones u operaciones están vinculadas con el dilema ambiental, en sus diversas formas. Con todo, se ha ido convalidando al grado de cierto consenso que el principio precautorio impone el deber necesario de adoptar medidas, aunque esté pendiente la determinación precisa y científica de los hechos, y es así como la autoridad competente de la Administración del Estado ha sido compelida a reconfigurar las normas que regulan la operación industrial en la zona de que se trata.

La Excelentísima Corte Suprema ha conocido muchos de los conflictos ambientales en la bahía citada, especialmente por la vía del recurso de protección que han promovido personas, entidades y parlamentarios, y en todos ellos los “antecedentes” son cuantiosos, en lo cuantitativo, pero también de enorme profundidad y extensión científica, y el resultado categórico sigue siendo que está pendiente dar con algún grado de certidumbre del origen del hecho que se estima

“contaminante” y, más aún, a qué actividad le es atribuible como parte de su proceso industrial autorizado.

En lo que atañe muy concretamente a la actividad que desarrolla la termoeléctrica que genera electricidad a base de carbón, que es una materia prima importada que se transporta en barcos que son descargados en Puerto Ventanas. Por más de una década, la denominada “mesa del carbón” se ha abocado al problema de la presencia cíclica de material que se ha depositado desde el mar en la playa Las Ventanas, que contiene en parte partículas de carbón combustionado. Como no hay controversia que ese material proviene del mar, el asunto se ha radicado mayormente en la denominada Autoridad Marítima, aunque también han intervenido con latitud las entidades de salud y el Ministerio de Medio Ambiente.

El suceso es más claro que cualquiera de los “eventos” que se investigan en Quintero, porque los residuos se presentan cada cierto tiempo con algunas de las marejadas, y se toman registros de todo tipo, desde la foto aficionada hasta la muestra de las más prestigiosas universidades y científicos que han abordado el asunto y han librado informes que contienen las diversas hipótesis del fenómeno.

Con todo, esa característica de manifestación material y cíclica (ocurre con asiduidad), a lo que se agregan investigaciones en curso con análisis en desarrollo, los que trascienden al público, y son parte del cúmulo de “antecedentes”, ha dado lugar a una compleja realidad judicial. En efecto, los denominados incumbentes naturales en estos hechos son las empresas que “en la actualidad” están autorizadas para utilizar carbón en una zona determinada de la bahía: AES GENER, la empresa termoeléctrica y, Puerto Ventanas, quien descarga la hulla bituminosa que es la materia prima del proceso de creación de energía. De otro lado, está la comunidad de la zona que esgrime agravios derivados de la presencia de este material en la playa, algunos de los cuales han promovido acciones civiles que son conocidas por un ministro de la Corte de Valparaíso, en el marco del procedimiento especial de la ley de Navegación. La acción del Estado, a través de la Administración, ha estado muy presente, a través del Ministerio de Medio Ambiente y los demás órganos que están vinculados con la protección del medio ambiente y, por su especificidad, en tanto el suceso tiene origen en el mar, hay una extensa participación de la potestad

fiscalizadora de la Dirección del Territorio Marítimo, a quien ha correspondido investigar los hechos en sede administrativa.

Después de más de una década en que está presente este continuo suceso de surgimiento de este material en la playa, hay dos hechos que son absolutamente irrefutables: a) El Estado, con todo su poder de imperio dentro de un marco legal, ha estado presente de manera activa, procurando establecer la causa del suceso, y la identificación de medidas útiles para ponerle término; y, b) las empresas que operan directamente con carbón, han prestado (y seguirán haciéndolo) una colaboración leal tendiente a que se determine científicamente qué explica el fenómeno que se denomina “varadas” (de carboncillo); y, entretanto, han cooperado en el ámbito de su responsabilidad social empresarial con la comunidad, aún con la certeza que los hechos no le son atribuibles, promoviendo una estrecha colaboración con pescadores organizados, incluyendo un completo programa de limpieza de este material cuando se hace presente en la playa.

En el caso de Puerto Ventanas, todos los informes y estudios científicos que están disponibles, la eximen de cualquier vínculo con el material que arriba a la playa, y así se está demostrando en las investigaciones administrativas y también ocurrirá en los juicios en cualquier sede. Es un grave error del fallo que impugnamos, atribuir un principio de aceptación de culpa al hecho que Puerto Ventanas colabore en las tareas de limpieza de la playa, como también participa de todos los asuntos de la comunidad en que está inserta. Es grave que ante la ausencia de causalidad entre la actividad del puerto y las varadas de carbón, se la busque justificar en el hecho que Puerto Ventanas aporta al bien de la comunidad participando en la limpieza de la playa, así como se allanará a toda medida que imponga el Tribunal en esta causa que aporte valor a la comunidad y el medio, con el único límite que no se allanará a aceptar la falsa imputación que ha incurrido en un hecho que es contrario a la regulación ambiental o que es dañino al ambiente en que se desenvuelve.

¿Qué es lo más relevante que se sabe, aún cuando haya cuestiones esenciales pendientes de elucidar?: que el material que se presenta en forma de “carboncillo” en la Playa de Ventanas, con la asiduidad que está registrada por la Autoridad, **está en el fondo marino de la Bahía** y el fenómeno físico de las corrientes y marejadas hacen que cada cierto tiempo y bajo ciertas condiciones, se deposite en la playa.

Luego, todo lo controvertido es cómo y cuándo ese material llegó al fondo marino, y cuál es su naturaleza y composición química. También, y ha sido lo más debatido, si esa realidad ha sido originada por la legítima operación de la termoeléctrica y/o la faena de descarga de carbón.

Otra cuestión relevante que se ha discutido es si ese “material” es una sustancia nociva, en los términos de la ley de Navegación; o, aún más importante, si es potencialmente riesgoso para la salud humana.

En otro acápite, pero de menor incidencia y mayor dificultad de apreciación, es si esa realidad ha afectado y en qué grado a la biota marina.

Los hechos que forman esta realidad, en el grado que actualmente se conoce, es lo que ha justificado la intervención de las entidades y órganos del Estado citadas y, como también se ha dicho, ha dado lugar a diversos conflictos que actualmente conocen los jueces competentes, en diversas sedes jurisdiccionales.

En ese contexto, los honorables senadores Chahuán y Latorre, han promovido sendos recursos de protección que –en lo medular– **glosando** parte de lo investigado y determinado en esta década de procedimientos administrativos y judiciales, plantean que se hace indispensable adoptar medidas de tutela de la garantía constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y piden que se “paralice” la operación asociada a la materia prima carbón, lo que afecta a la termoeléctrica y al puerto de descarga.

La sentencia de la Corte de Valparaíso que es objeto de este recurso de apelación, bajo la misma lógica y con análogos argumentos que los recurrentes, que promovieron esta cautelar en el año **2019**, “glosando” partes de algunos informes técnicos, pero esencialmente los dichos de los recurrentes, asume que el principio precautorio antes citado justifica que se adopten medidas, que son básicamente que un órgano de la Administración concreto “dicte nuevas normas” de operación de las dos empresas que serán impedidas de su operación legítima, lo que la Dirección del Territorio Marítimo debiera hacer por medio de un acto administrativo indeterminado y sin plazo (que no sea “a la brevedad”) y, en tanto ello

potencialmente sucediere (o no) se manda **SUSPENDER** la operación de la termoeléctrica y la descarga de carbón por Puerto Ventanas.

1. DE LA PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL QUE CONCLUCA EL DERECHO DE LA APELANTE A DESARROLLAR LA ACTIVIDAD ECONÓMICA AUTORIZADA.

¿Hay una necesidad de adoptar una medida cautelar urgente, cómo la adoptada?

Los primeros sucesos (que coloquialmente se llaman varazones), son anteriores al año 2010 y, desde que acaecen, son monitoreados, registrados, se toman muestras, se limpian y retiran de la playa.

No es pertinente en esta sede traer a colación todo o parte del debate científico del fenómeno, que ha ocupado preferentemente a la Autoridad Marítima y otras entidades ambientales y de salud, a la comunidad, las empresas y las organizaciones de pescadores y actividades afines de Quintero, pero hay un aspecto que es incontrovertible para la Autoridad:

Cualquiera sea el origen del material depositado en el fondo marino, **no corresponde a un suceso actual**, que se genere del **funcionamiento presente** del complejo portuario y termoeléctrico.

Los antecedentes de mayor rigor científico pondrán el origen en un suceso que debió haber ocurrido **antes de 1989**, (no existían Puerto Ventanas S.A, y no se transfería el carbón que se importa en la actualidad). Hay otras hipótesis, de mucho menor valor científico que justifican la hipótesis del origen en los riles de la termoeléctrica o en un suceso de descarga de carbón que habría sucedido el año 2012 o 2013. En todo caso, estas hipótesis, controvertidas, no niegan que el material "ya está en el fondo marino", al menos antes del año 2015.

Como no es el propósito del recurso establecer qué ha sucedido y quién es el responsable, porque ello se está revisando en la sede administrativa y los juicios civiles de diversa naturaleza, la sentencia opta por una **decisión que es arbitraria: SUSPENDER desde ahora.**

Hemos conocido opiniones que hacen prevalecer el principio precautorio al grado de ponerlo sobre otra cualquiera colisión de derechos, incluyendo la circunstancia que no se sepa con precisión el origen y responsabilidad de un suceso contaminante. Sin embargo, en este caso, y como no hay ninguna controversia en un hecho tan investigado, la circunstancia que se ordene “paralizar” (con probabilidad de terminar definitivamente) la operación de la termoeléctrica y del puerto y la subsecuente provisión de la materia prima de generación no pondrá término al suceso que acaece desde hace más de 10 años, y es la aparición periódica de este material con forma de carboncillo en la Playa Las Ventanas. La suspensión decretada, entonces, no impedirá que nuevas varazones vuelvan a ocurrir.

La medida no tiene fundamento plausible, porque el propósito perseguido que es **detener el suceso** que la Corte ha estimado es un hecho contaminante y, si así fuese, ilegal de la entidad que sería responsable, no se alcanzará porque se disponga la detención de la operación de la termoeléctrica y el puerto; y, en este último caso, dañando seriamente otras cargas que son esenciales para ser transferidas por ese muelle, y que no cuentan con alternativas en la Región.

Como se ha indicado, la correlación lógica del fenómeno natural de las llamadas “varadas” de carboncillo que se constatan desde hace más de 10 años, es que en “**algún momento anterior al tiempo presente**” ese material llegó al fondo marino, y –desde ahí– por la explicación física y técnica que ha descrito la Autoridad Marítima, las mareas la ponen en la playa.

Luego, no hay un momento en que el **fondo marino está libre de este material**, y enseguida la operación de la termoeléctrica y/o el puerto, **viertan al mar** y eso cauce que el carboncillo llegue a la playa. Esa hipótesis está científicamente descartada y se ha invertido la mejor tecnología en acreditar ese dato que es esencial para concluir sin lugar a ninguna duda que suspender a estas empresas NO traerá como consecuencia que el fenómeno se detenga. Siendo así, entonces, tal medida carece de toda utilidad para evitar o impedir la afectación del derecho constitucional de que se trata, pero –de paso– menoscaba claramente el derecho fundamental de mi representada a desarrollar una actividad económica lícita, según se dirá más adelante y el derecho de propiedad que les asiste.

Surge la interrogante, pues, acerca de si el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación de los recurrentes, en un grado de incertidumbre enorme, posibilita jurídicamente menoscabar los derechos antes aludidos de las empresas. DE este punto nos haremos cargo más adelante.

PONDERACIÓN DE LOS RIESGOS AL DEFINIR LA MEDIDA CAUTELAR

Como la sentencia objeto del presente recurso impone un gravamen que puede derivar en daños cuantiosos para nuestra representada y también perjuicios apreciables para la comunidad de la Región de Valparaíso que tiene a la planta de GENER como parte relevante de su matriz energética, y al Puerto como el principal terminal de graneles de la zona central del país, es necesario que se midan cuáles son los riesgos que están presentes en el escenario que creará esta resolución judicial, de manera que ellos puedan ser posibles de ser ponderados en su conjunto.

Del enorme caudal de antecedentes que hay disponible en autos, en la investigación administrativa y también del Ministerio de Medio Ambiente, es posible considerar que la alegación de Puerto Ventanas que la materia prima que transfiere para la termoeléctrica que, técnicamente es “hulla bituminosa”, no es tóxica, de ninguna forma es riesgosa para la salud humana, ni es considerada una sustancia peligrosa o nociva, porque no es “carbón activado”, “carbón animal o vegetal”, o “carbón negro”, que son las sustancias consideradas peligrosas por la Autoridad de Salud. Esto significa que no hay opción real de subsumir un potencial vertimiento al mar de este material con los hechos punibles e ilícitos que se definen en la ley de Navegación o su reglamento. La sentencia que se recurre, en sus considerandos noveno y décimo, construye el acto ilícito potencial, en informes que indicarían que “cierta concentración” de carbón harían potencialmente daño a la biota marina, y luego, una información estadística más imprecisa que habría “disminución” de ciertos moluscos y otras especies desde el año 2002.

Para llegar a esa conclusión, donde el factor peligro para la salud humana está muy reducido en las citas, y se concentra en el medio marino, ha sido necesario glosar con mucha parcialidad tales informes, porque todos ellos son de un ámbito de comprensión mucho más amplio que el suceso del carbón y atienden a la presencia

de muchas otras partículas de potencial fuente humana que está presente en la bahía desde tiempo indeterminado pero al menos desde el origen del Complejo Industrial de Quintero, en que la termoeléctrica y el Puerto de Ventanas son actores recientes y marginales en relación con otras actividades industriales que son objeto de los informes glosados, en que se extraen partes sacadas de contexto.

Pero lo que interesa ahora es responder este estándar de ponderación de riesgos: ¿la paralización de la termoeléctrica y el Puerto causará un cambio en la biota marina de la bahía de Quintero? La respuesta es lógicamente negativa, no sólo porque estos actores han contradicho el riesgo, sino porque los informes en que se basan la aseveración de la ilegalidad imputada, de verter una sustancia contaminante, está inscrita en una descripción general del estado de biota marina en la bahía, y, más en lo concreto en su vinculación con la paralización de la termoeléctrica, que ya es un dato que en el fondo marino está presente el material que luego emerge por las mareas a la Playa, de manera que paralizar el funcionamiento del complejo vinculado a la actual operación del carbón en Quintero, no traerá como efecto un cambio en la realidad ambiental de la bahía, ni menos sobre las varadas que dieron origen a las denuncias, demandas y el presente recurso de protección.

El resultado natural del examen de riesgos que proponemos es que será un hecho cierto que la suspensión de la operación causará graves daños, y no se alcanzará ninguno de los objetivos perseguidos, que es restablecer una condición física en la bahía que ponga término a la presencia de carboncillo en la Playa de las Ventanas.

3. EL ROL DE LA AUTORIDAD MARÍTIMA

La sentencia que se recurre da por establecido supuestos que emanan en mayor medida a aseveraciones de los recurrentes y entidades vinculadas a la protección del medio ambiente, y sólo glosa algunos de los informes del enorme caudal de antecedentes que se acompañaron a la tramitación del presente recurso que excedió los 18 meses. Durante todo ese período se recabó de diversas autoridades la información sobre el suceso que todos identifican como el fenómeno de las “varadas”. Lo más substancial son las Investigaciones Sumarias que lleva la Autoridad Marítima en los últimos años, que no se pueden sintetizar en pocas líneas, pero es claro que es un proceso en curso en que hay algunas hipótesis formuladas y

que continúan en revisión. La pregunta es qué está pendiente, y si se podría considerar que la potestad fiscalizadora no ha sido diligentemente desplegada, teniendo presente este elemento que el fallo releva y es que si hubiere un hecho de contaminación corresponde a la Autoridad Marítima determinarlo, sancionarlo y adoptar medidas para evitarlo.

Como se ha informado por Directemar, lo que no es controvertible que el material que luego aparece en la Playa, está en el fondo marino. Ha habido una enorme participación de la Armada para aportar antecedentes que permitan configurar la realidad de la manera que la ciencia permite, no sólo limitado a muestras por vía de buzos, sino que trabajos de sondajes de navíos de última generación que también han aportado antecedentes de valor.

Aunque resulte obvio, y a la luz de la sentencia que se recurre, cabe preguntarse por qué un suceso tan investigado aún genera el mismo fenómeno de las varadas de carboncillo, a pesar de la numerosa y valiosa intervención del Estado y los órganos concernidos con el patrimonio medioambiental. La respuesta es contundente: el origen de este problema específico **es un hecho que ocurrió en el pasado**. No es un suceso que se advierta de las fiscalizaciones actuales al complejo vinculado al carbón.

Por esa razón, al menos ante la Autoridad Marítima, el centro del conflicto administrativo es la responsabilidad. Hasta acá, y no obstante hipótesis que imputan incidencia a las empresas, la pregunta que sigue pendiente es “**cuándo habría ocurrido**”, y el último informe del controvertido Informe de la Universidad Andrés Bello, que es audaz y ha sido contradicho por expertos del mayor nivel y experiencia, reconoce que se requiere otra clase de estudios para contestar esa pregunta y ello es lo que justifica que el asunto siga en curso y aún no hay una resolución definitiva y un procedimiento administrativo totalmente afinado.

Ahora, si la sentencia apelada no fuese revocada, el cuadro de situación sería que la actividad termoeléctrica se paralizaría, por un **tiempo no determinado** que podría hacer inviable su restablecimiento técnico y/o económicamente, y, en paralelo el fenómeno del surgimiento del carboncillo en la Playa seguiría presente.

El fallo de la Corte le impone un deber a la Autoridad Marítima de fijar condiciones nuevas de operación a la termoeléctrica y al Puerto, y asumiremos que ellas debieran consistir en que se garantice que no hay “actual vertimiento” de partículas de carbón al mar, lo que actualmente impone la Autoridad y, de hecho, fiscaliza con rigor, y ahora cuenta con medios de constante vigilancia del fondo marino. Si esas medidas hacen sentido en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como de hecho ha ocurrido con la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol 5888/2019 que dispuso deberes de comprobación y regulación del Complejo Industrial de Quintero, que la Administración del Estado está cumpliendo, el disenso lógico se produce en que “en tanto se crean estas normas” la actividad **estará paralizada**, eventualmente para siempre, considerando que ya es una actividad que tiene una fecha prevista de término en plan de “descarbonización” de la matriz energética de Chile.

En cambio, si se siguiera la jurisprudencia de la Corte Suprema, y se impartiera a la Autoridad Marítima y a otros órganos de la Administración el deber de “terminar con el proceso de comprobación de los hechos básicos” en la Investigaciones Sumaria de Directemar, en un plazo determinado, incluyendo el gravamen que las empresas investigadas contribuyan al financiamiento de los Informes finales que están pendiente, nombrados por la Administración, sin las restricciones presupuestarias que hoy están presente, con lo cual habría algún mayor grado de certeza del diagnóstico, como por ejemplo: ¿está el material depositado en el fondo marino desde antes de 1989, o bien, corresponde a eventos posteriores, y adjudicables a qué sistema de operación, y que estuvo vigente en qué momento? Luego, fijado ese elemento clave, qué medidas deben adoptar el proceso termoeléctrico y la descarga, que prevengan el riesgo de vertimiento de partículas de carbón al medio marino.

La Autoridad Marítima puede lograr esos objetivos, considerando que ha destinado muchos recursos humanos y materiales de manera preferente en los últimos años. Se está, de hecho, en la parte final de este largo proceso iniciado antes del año 2010, y pareciera plausible que se fije una “carta de navegación” con objetivos y plazos que puedan hacer viable llegar al objetivo que se ha perseguido, teniendo a la vista el bien ambiental, al que también están comprometidas las empresas.

Sin embargo, poner término cierto a la operación de las empresas, con plena protección, y con los cuantiosos daños económicos y al imperio del derecho, justifica que se revoque la sentencia en cuanto ordena adopción de medidas que tendrán lugar con posterioridad a que la actividad haya cesado, potencialmente de manera definitiva, sin que haya justificación racional para ese mandato.

4. SOBRE EL DERECHO DE PUERTO VENTANAS A MANTENER SU OPERACIÓN PORTUARIA DE CARBÓN

Puerto Ventanas tiene derecho a desarrollar la actividad económica autorizada, porque ha cumplido a cabalidad con las condiciones que le impone el ordenamiento jurídico para explotar el muelle de Ventanas, lo que comprende no sólo el ámbito específico de su RCA, sino también toda su política de compromiso con el cuidado y protección del medio ambiente, al grado que es un puerto que posee CERTIFICACION INTERNACIONAL ECOPORT, un estándar de la industria que muy pocos puertos han alcanzado en Chile. En efecto, el año 2016, para obtener esa certificación, fue necesario que Puerto Ventanas se sometiera a una verificación de sus prácticas y desempeño ambiental por parte de Lloyds Register en Holanda, donde se evidenció que sus sistemas de control para el cumplimiento de sus requisitos legales y **normativos ambientales**, sus prácticas en el manejo de gráneles sólidos y las demás cargas que maneja el Puerto como también, las acciones que desarrolla con la comunidad cumplen con el exigente estándar Ecoport. El año 2020, Puerto Ventanas renueva la certificación por 2 años más y actualmente la certificación se encuentra vigente hasta el año 2022, bajo un estándar más exigente. ECOPORTS es una certificación de desempeño ambiental, exclusiva para Puertos, desarrollada por la fundación ECOSLC (Fundación Cadena Logística Sostenible), la cual funciona en Holanda desde el año 1994, reuniendo a una red de Puertos, en una primera etapa en Europa, y luego integrando Puertos de Asia y América, comprometiendo el intercambio de puntos de vista y prácticas para la mejora del **desempeño ambiental** del sector de acuerdo con los principios de la autorregulación voluntaria.

El compromiso de Puerto Ventanas S.A. de ejercer sus actividades con altos estándares ambientales se demuestra por la relevancia que le concede a la gestión ambiental, como un objetivo estratégico que se aplica en los procesos, estrategias

comerciales y decisiones en todos los niveles de la organización. Para lograr este propósito el Terminal cuenta con un sistema que se estructura según los requisitos de la norma ISO 14.001/2015, certificada desde el año 2013. El sistema de Gestión Ambiental del Puerto establece de manera verificable una acción sistemática y proactiva de toda la organización para la protección del medio ambiente, y contempla como pieza central el sometimiento riguroso de todas las disposiciones vinculantes de operación medioambiental.

5. LA EPISTEMOLOGÍA DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Afirmábamos que el sentido de urgencia del recurso de protección hace de su naturaleza que de sus “antecedentes” se haga verosímil que una garantía constitucional esté agraviada, en un momento determinado.

Aunque no es inédito, a veces el hecho que motiva la interposición de la tutela constitucional es un conjunto de sucesos complejos, que requieren de un saber especializado y aún científico. La Corte, entonces, previo a resolver si hay una ilegalidad o arbitrariedad que esté causando el amago o daño a la garantía constitucional conculcada, se hace de todos los antecedentes necesarios para resolver el conflicto concreto, en los términos que impone a la jurisdicción la Constitución, de manera que el acervo de derechos constitucionales no sea mera retórica.

También es de la esencia que el conflicto haya surgido en un tiempo breve, porque lo contrario supone que hay otros remedios jurisdiccionales u otro orden para restablecer el imperio del derecho.

En el caso de este recurso se dan dos elementos que hacen especialmente antijurídico que se haya acogido. Lo primero es que lo que se denuncia como el acto ilegal de las empresas y omisiones de la Autoridad, es una situación que acaece desde hace muchos años. Como se consigna de los antecedentes, al menos en los últimos diez años hay registros de un fenómeno periódico que consiste que las mareas depositen un material en la Playa de Las Ventanas. Luego, no hay una varada en los últimos 30 días, sino que un suceso continuo que ocurre cíclicamente desde hace más de 10 años.

Si siguiéramos la analogía de la obligación natural, el juez sobre quien pese el deber de la tutela constitucional, puede desestimar que los hechos que motivan el recurso no son recientes, sino que, de larguísima data, ya que siempre hay una parte de ellos que está sucediendo y así continuará probablemente en el futuro cercano. Ese proceder de latitud en el examen de la acción, no se concilia con la circunstancia acreditada que los hechos son de conocimiento de los jueces: en la Corte de Valparaíso, múltiples demandas que se tramitan desde el año 2018, y también otros juicios especiales en otras sedes; y, en lo administrativo, las actuaciones del procedimiento destinado a determinar los hechos y sus responsables que lleva la Autoridad Marítima, por más de un lustro. A lo anterior se agregan un conjunto de acciones desplegadas por el Ministerio de Medio Ambiente, hasta una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados. Nadie podría concluir que el asunto es indiferente, o que hay negligencia de quienes están llamados por la ley a dar debido tratamiento al problema ambiental que no se ha desconocido.

En este recurso, la Corte tuvo acceso “reservado” a todo cuanto se ha investigado sobre la materia, y es “escaso” o casi nulo lo que recoge de tal enorme caudal de antecedentes el fallo de primera instancia que se impugna. Los casi dos años de tramitación bien se pudieron reducir a los escritos de los actores y un par de citas a disposiciones legales que parecerían pertinentes.

¿Cómo infiere hechos la sentencia?: Los primeros hechos los aportan los recurrentes, con datos parciales de las diversas actuaciones del Estado, y mucho material de opiniones de entidades preocupadas del tema ambiental. Lo relevante es que nadie ha desconocido que ciertos hechos materiales suceden y, además, periódicamente.

La sentencia, entonces, concluye que los hechos que ocurren se deben a una acción ilegal, y para ello recurre a la ley de Navegación que declara ilícito arrojar **sustancias nocivas**. En este punto, ya se simplifica en exceso por el sentenciador un tema que es en sí mismo complejo, teniendo en cuenta que la mayor cantidad de elementos de certeza científica no les atribuyen a las partículas de carbón que descarga Puerto Ventanas el carácter de “nocivas”. Para salvar este punto crucial, del que los órganos fiscalizadores se han ocupado con extensión y rigor lógico, la sentencia deja de lado la ciencia para avanzar con un razonamiento propio que necesariamente exige tomar

una parte menor y fuera de contexto del Informe de la Doctora Cisternas (el de mayor valor académico) que afirmaría que bajo ciertas circunstancias una cantidad de este "material" puede afectar la vida marina. Pero esa afirmación también podría ser válida para cualquier material de la naturaleza, verbigracia, si se sobresatura de oxígeno un ambiente determinado, pudiere alterar las condiciones del ciclo vital de que se trate, lo que no permite concluir que el oxígeno que ocupa el buzo investigando y tomando muestras en la bahía de Quintero sea nocivo para la biota marina en ese sector. Dependerá de la cantidad, naturaleza y circunstancias.

Con todo, estas licencias para avanzar en conceder el recurso se tornan más delicada cuando se trata de atribuir el acto ilegal a las empresas recurridas. Lo primero que hace el fallo es prescindir del principal aspecto que se ha discutido por años en estos hechos. Desde cuándo está este material en el fondo marino y que aflora en la playa por las marejadas en la Playa Las Ventanas. La mayor parte de los estudios que fueron puestos a disposición de la Corte establecen que data desde varios años y, por ende, no es atribuible a la actual operación de la termoeléctrica y/o el puerto. Esta hipótesis, que es la básica del caso, ha sido completamente preterida por la sentencia y eso tendrá graves consecuencias en lo decisorio.

La hipótesis básica tiene un enorme peso científico, desde que el material que se ha recogido en la playa y también en el fondo marino tiene composiciones mixtas, incluyendo carbón. Lo importante es que el carbón es susceptible de trazabilidad, como si se tratara de una secuencia genómica, porque la hulla bituminosa que da lugar a la termoelectricidad en Ventanas es de origen importado, susceptible de geolocalizar con precisión absoluta; en cambio, las partículas que se presentan en Quintero, en fondo marino y la playa, corresponde a un carbón que tiene origen en el Golfo de Arauco, y corresponde a la pasada industria carbonífera chilena, que se clausuró a principio de los años 90, y que nunca ha sido objeto de transferencia por Puerto Ventanas.

Entonces, cómo se genera este salto cuántico que considera la deducción inversa de dar por establecido que está este material en la playa, y como un Informe ubica su fuente en el mar, entre los ductos de GENER y el muelle, sólo cabe inferir que se debe a la operación de una o ambas empresas. El Estudio de la UNAB que despliega

esa hipótesis es categórico en descartar que se pueda fijar la “fecha o época en que el suceso habría ocurrido” sin que se hagan otros estudios de mayor complejidad.

Desprovisto de mayor prueba, en el caso de Puerto Ventanas se recurre a una foto que habría tomado alguien vinculado a entidades ambientalistas a correas transportadoras, hace muchos años, que probarían que es posible que parte del carbón descargado se hubiere caído al mar desde una parte del muelle. Pero no se menciona la entidad de ese supuesto “episodio” y de qué manera y cantidad podría formar parte del residuo histórico al que hacemos referencia, teniendo presente que nunca se ha hecho un vínculo entre las muestras químicas de las varadas, con la hulla bituminosa que se descarga en Puerto Ventanas. En el extremo de la especulación, pudo haber sucedido hace 10 años que un polvo de carbón cayera al mar, de manera puntual, lo que no podría llevar a la conclusión que ese episodio es la explicación que un material químicamente diferente aparezca en la Playa de Las Ventanas en los sucesos denunciados.

Huelga señalar que Puerto Ventanas tiene un estándar de operación de tal grado que nunca se ha podido demostrar que el carbón descargado esté en el mar o en la playa. Es un proceso de enorme control para mantener la calificación de Puerto Ventanas en su calificación internacional.

Es completamente arbitrario que la sentencia afirme que Puerto Ventanas contribuya en un algún grado a que se forme este material en el fondo marino, despreciando los hechos del proceso, agregados en forma de antecedentes numerosos, que consistentemente demuestran que es químicamente imposible relacionar las partículas del carbón descargado, con las muestras tomadas en la playa.

4.- EL DERECHO.

Ya se ha enunciado arriba que la medida adoptada por SS. Itma, en la sentencia que ahora se recurre, en el sentido de suspender toda actividad portuaria de descarga de carbón y de generación eléctrica, dado que ello importa descarga de afluentes en el mar y encomendar a la Autoridad Marítima (en coordinación con los demás organismos del Estado pertinentes) elaborar ciertas reglas y condiciones que

permitan reanudar el funcionamiento del Puerto y de las termoeléctricas, constituye un agravio innecesario y de discutible constitucionalidad.

En efecto, tal como ya se ha sugerido la circunstancia anotada obliga a la siguiente interrogante ¿puede impedirse, aunque sea transitoriamente, el legítimo funcionamiento de una actividad económica lícita¹, que se desarrolla respetando las normas legales que la regulan, en base a un supuesto menoscabo de otro derecho fundamental de terceros, como es el vivir en un medio ambiente libre de contaminación?

Debe decirse, en primer lugar, que tal menoscabo del derecho de estos terceros no ha podido, según lo que se ha expresado antes, ser atribuido a mi representada, porque no existen *hechos* imputables a su conducta o al desempeño de su labor empresarial. En esa línea, PVSA ha demostrado largamente que no existe relación causal entre su actividad y los varamientos de carbón en la playa de Ventanas y así lo ha confirmado la Autoridad Marítima, que es la llamada por nuestro ordenamiento jurídico para adelantar esa conclusión con fuerza jurídica.

¿Se trataría, entonces, de una “colisión” de derechos verdadera o aparente? De lo dicho pareciera que estamos frente a una **apariencia** de colisión de derechos, de una colisión **aparente** y no de una **verdadera**.

Lo señalado no es baladí, ya que, en tal caso, no es jurídicamente aceptable la medida de suspensión que la sentencia adopta a su respecto, porque el “derecho de los terceros” no ha sido menoscabado de manera alguna por PVSA y al hacerlo (la sentencia apelada), se transgrede al inciso segundo del artículo 5^o de la Carta Fundamental en relación con los artículos 19 N° 21 y N° 24, toda vez a nadie le está permitido sobrepasar la limitación que supone el respeto íntegro de los derechos fundamentales que la Carta consagra, esta vez, amparando a mi representada. Ni siquiera puede un tribunal de la República ejercer jurisdicción, esto es, soberanía sin respeto de los derechos esenciales, como ha ocurrido en este caso.

¹ Artículo 19 N° 21, esto es, “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”

² “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Por último, se pasa a llevar en el fallo también el derecho de propiedad que asiste a mi representada, desde que se le impide ejercer uno de sus atributos, esto es, el derecho de administración de la actividad que desarrolla. En efecto. La orden de suspender su actividad le priva de tal atributo esencial del derecho de que se trata, que se encuentra en su patrimonio, y, por ende, es intangible.

En suma, el presente recurso de apelación debe ser acogido por la Excma. Corte Suprema, revocando el fallo recurrido y en su lugar dictar una sentencia que elimine la orden de suspensión que éste contiene.

POR TANTO,

En mérito de lo expuesto y disposiciones pertinentes y lo previsto en el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales

RUEGO A VS. ILTMA. Se sirva tener por interpuesto recurso de apelación respecto de la sentencia aludida, concederlo y elevarlo para ante la Excma. Corte Suprema, a fin de que ésta conozca de él y, en definitiva, acoja la apelación, declarando que se revoca el fallo apelado, en todas sus partes.